GACETA JUDICIAL
40

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1995

TOMO 2

FEBRERO

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

(Febrero)

TOMO 2

ORGANO OFICIAL DE DIVULGACION
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Contiene Sentencias en asuntos de
Constitucionalidad y Tutela proferidas por la Corte Constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL

1995

MAGISTRADOS

JORGE ARANGO MEJIA
Presidente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Vicepresidente

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

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA
Relatora

SUMARIO

FEBRERO 1995

AUTOS

Págs.

AUTO 004 de febrero 08 de 1995 13

AUTO 004A de febrero 08 de 1995 16

AUTO 005 de febrero 09 de 1995 19

AUTO 006 de febrero 09 de 1995 25

AUTO 007 de febrero 10 de 1995 33

AUTO 008 de febrero 16 de 1995. 37

AUTO 009 de febrero 22 de 1995 39

AUTO 010 de febrero 28 de 1995 49

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

SENTENCIA No. C-026 de febrero 02 de 1995 63

SENTENCIA No. C-027 de febrero 02 de 1995 77

SENTENCIA No. C-028 de febrero 02 de 1995 83

SENTENCIA No. C-029 de febrero 02 de 1995 100

SENTENCIA No. C-030 de febrero 02 de 1995 108

SENTENCIA No. C-031 de febrero 02 de 1995 113

SENTENCIA No. C-038 de febrero 09 de 1995 133

SENTENCIA No. C-039 de febrero 09 de 1995 157

SENTENCIA No. C-040 de febrero 09 de 1995 172

SENTENCIA No. C-041 de febrero 09 de 1995 191
SENTENCIA No. C-042 de febrero 09 de 1995 206
SENTENCIA No. C-051 de febrero 16 de 1995 216
SENTENCIA No. C-052 de febrero 16 de 1995 228
SENTENCIA No. C-053 de febrero 16 de 1995 234
SENTENCIA No. C-054 de febrero 16 de 1995 250
SENTENCIA No. C-055 de febrero 16 de 1995 256
SENTENCIA No. C-069 de febrero 23 de 1995 341
SENTENCIA No. C-071 de febrero 23 de 1995 364
SENTENCIA No. C-072 de febrero 23 de 1995 378

SENTENCIAS SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES

SENTENCIA No. C-070 de febrero 23 de 1995 401
SENTENCIA No. C-073 de febrero 23 de 1995 415

SENTENCIAS DE TUTELA

SENTENCIA No. T-020 de febrero 01 de 1995 465
SENTENCIA No. T-021 de febrero 01 de 1995 512
SENTENCIA No. T-022 de febrero 01 de 1995 529
SENTENCIA No. T-023 de febrero 01 de 1995 542
SENTENCIA No. T-024 de febrero 01 de 1995 551
SENTENCIA No. T-025 de febrero 01 de 1995 563
SENTENCIA No. T-032 de febrero 06 de 1995 576
SENTENCIA No. T-033 de febrero 06 de 1995 590
SENTENCIA No. T-034 de febrero 06 de 1995 594
SENTENCIA No. T-035 de febrero 06 de 1995 606
SENTENCIA No. T-036 de febrero 08 de 1995 618
SENTENCIA No. T-037 de febrero 06 de 1995 628
SENTENCIA No. SU-043 de febrero 09 de 1995 646
SENTENCIA No. SU-044 de febrero 09 de 1995 663
SENTENCIA No. T-045 de febrero 10 de 1995 677

SENTENCIA No. T-046 de febrero 10 de 1995 685
SENTENCIA No. T-047 de febrero 14 de 1995 694
SENTENCIA No. T-048 de febrero 14 de 1995 707
SENTENCIA No. T-049 de febrero 15 de 1995 720
SENTENCIA No. T-050 de febrero 15 de 1995 745
SENTENCIA No. SU-056 de febrero 16 de 1995 754
SENTENCIA No. T-057 de febrero 20 de 1995 776
SENTENCIA No. T-058 de febrero 21 de 1995 796
SENTENCIA No. T-059 de febrero 21 de 1995 808
SENTENCIA No. T-060 de febrero 21 de 1995 818
SENTENCIA No. T-061 de febrero 21 de 1995 826
SENTENCIA No. T-062 de febrero 22 de 1995 838
SENTENCIA No. T-063 de febrero 22 de 1995 847
SENTENCIA No. T-064 de febrero 22 de 1995 857
SENTENCIA No. T-065 de febrero 22 de 1995 865
SENTENCIA No. T-066 de febrero 22 de 1995 877
SENTENCIA No. T-067 de febrero 22 de 1995 889
SENTENCIA No. T-068 de febrero 22 de 1995 906
SENTENCIA No. T-074 de febrero 23 de 1995 918
SENTENCIA No. T-075 de febrero 24 de 1995 933
SENTENCIA No. T-076 de febrero 24 de 1995 946
SENTENCIA No. T-077 de febrero 28 de 1995 954
SENTENCIA No. T-078 de febrero 28 de 1995 963
SENTENCIA No. T-079 de febrero 28 de 1995 970
SENTENCIA No. T-080 de febrero 28 de 1995 991
INDICE DE NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES 1003
INDICE DE NORMAS DECLARADAS EXEQUIBLES 1005
INDICE TEMATICO (Ordenado Alfabéticamente) 1009

AUTOS 1995

(Febrero)

AUTO No. 004
de febrero 8 de 1995

DERECHO A LA IMPUGNACION - No sustentación

El derecho a impugnar los fallos de tutela se reconoce a las partes por la Carta Política, por lo que los Jueces de la República no pueden impedir su ejercicio ni exigir más requisitos que aquellos expresamente establecidos en las disposiciones superiores. De esa manera, no existiendo norma constitucional ni legal que obligue a que la impugnación se sustente, no puede el juez de segunda instancia, como lo hace en el asunto sometido a revisión, exigir dicho requisito.

Ref.: Expediente No. T-54.898

Acción de Tutela instaurada por José Eliecer Giraldo Montes contra la Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santafé de Bogotá, febrero ocho (8) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con fundamento en el análisis efectuado a las diligencias que obran en el expediente objeto de examen por parte de esta Sala de Revisión, se observa que mediante providencia de veintiseis (26) de octubre de 1994, el Juzgado Primero Penal Municipal de Riosucio, Caldas, resolvió negar la tutela instaurada por el señor José Eliécer Giraldo Montes contra el Alcalde Municipal de Riosucio, considerando que existen otros medios de defensa judicial para proteger el derecho a la intimidad invocado por el accionante.

Dicha providencia fue impugnada mediante manifestación verbal formulada ante el mismo despacho judicial por el señor José Eliecer Giraldo Montes en el momento en que le era notificada la decisión, lo cual se efectuó el día 27 de octubre de 1994.

Posteriormente, el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, mediante providencia de 8 de noviembre del mismo año, resolvió declarar que no hay lugar a decidir acerca de la impugnación presentada, por cuanto no se cumplió con el requisito ineludible de la sustentación, "que es presupuesto indispensable para la admisibilidad del recurso de apelación".

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, ninguna norma constitucional ni legal autoriza una interpretación orientada a convertir en requisito sine qua non la presentación de una argumentación precisa y técnica al momento de impugnar. En caso de que el impugnante se limite a expresar que " impugna" o " apela" sin manifestar los motivos de inconformidad con lo decidido en primera instancia, el juez correspondiente deberá considerar la solicitud inicial y los demás elementos que aparezcan en el expediente para fundamentar en ellos su decisión.

En este sentido ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a que el derecho a impugnar los fallos de tutela se reconoce a las partes por la Carta Política, por lo que los Jueces de la República no pueden impedir su ejercicio ni exigir más requisitos que aquellos expresamente establecidos en las disposiciones superiores.

De esa manera, no existiendo norma constitucional ni legal que obligue a que la impugnación se sustente, no puede el juez de segunda instancia, como lo hace en el asunto sometido a revisión, exigir dicho requisito.

Por lo anterior, es evidente que el Juez Penal del Circuito de Riosucio desconoció la jurisprudencia constitucional al exigir más requisitos de aquellos contemplados en la Carta -artículo 86- y la ley -artículo 32 del Decreto 2591 de 1991-, razón por la cual la Sala no entrará a revisar el presente asunto hasta tanto no se tramite en forma debida por el citado despacho judicial, la segunda instancia del asunto en referencia.

En tal virtud, se ordenará devolver las diligencias correspondientes al Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, para que proceda a tramitar y resolver la impugnación debidamente formulada por el señor José Eliécer Giraldo Montes.

DECISION

De conformidad con lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: ABSTENERSE de efectuar la revisión de fondo de la providencia proferida en relación con la acción de tutela instaurada por José Eliecer Giraldo Montes contra el Alcalde del Municipio de Riosucio, toda vez que se ha pretermitido una instancia.

Segundo: DECLARAR sin valor ni efecto la providencia proferida el ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, mediante el cual resolvió declarar que no había lugar a resolver el recurso de impugnación interpuesto por el señor José Eliecer Giraldo Montes, por no haberse sustentado.

Tercero: El Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, deberá tramitar y resolver la impugnación formulada y remitirá de nuevo el expediente a esta Sala para los efectos contemplados en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991.

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

HERNANDO HERREA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 004A
de febrero 8 de 1995

DERECHO A LA IMPUGNACION - No sustentación

El derecho a impugnar los fallos de tutela se reconoce a las partes por la Carta Política, por lo que los Jueces de la República no pueden impedir su ejercicio ni exigir más requisitos que aquellos expresamente establecidos en las disposiciones superiores. De esa manera, no existiendo norma constitucional ni legal que obligue a que la impugnación se sustente, no puede el juez de segunda instancia, como lo hace en el asunto sometido a revisión exigir dicho requisito.

Ref.: Expediente No. T-54.990

Acción de tutela instaurada por Luis Arcenio Avellaneda Quinche y otros contra la Empresa Agregados de la Sabana Ltda.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santafé de Bogotá, Febrero ocho (8) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con fundamento en el análisis efectuado a las diligencias que obran en el expediente objeto de examen por parte de esta Sala de Revisión, se observa que mediante providencia de veintiun (21) de octubre de 1994, el Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca, Cundinamarca resolvió negar la tutela instaurada por el señor Luis Arcenio Avellaneda Quinche contra la Empresa Agregados de la Sabana Ltda.

Dicha providencia fue impugnada por el accionante, mediante escrito formulada ante el mencionado despacho judicial el 27 de octubre de 1994.

Posteriormente, el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá resolvió mediante providencia de 17 de noviembre del mismo año, declarar que no hay

lugar a decidir acerca de la impugnación presentada, por cuanto no se cumplió con el requisito necesario de la sustentación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, ninguna norma constitucional ni legal autoriza una interpretación orientada a convertir en requisito sine qua non la presentación de una argumentación precisa y técnica al momento de impugnar. En caso de que el impugnante se limite a expresar que "impugna" o "apela" sin manifestar los motivos de inconformidad con lo decidido en primera instancia, el juez correspondiente deberá considerar la solicitud inicial y los demás elementos que aparezcan en el expediente para fundamentar en ellos su decisión.

En este sentido ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a que el derecho a impugnar los fallos de tutela se reconoce a las partes por la Carta Política, por lo que los Jueces de la República no pueden impedir su ejercicio ni exigir más requisitos que aquellos expresamente establecidos en las disposiciones superiores.

De esa manera, no existiendo norma constitucional ni legal que obligue a que la impugnación se sustente, no puede el juez de segunda instancia, como lo hace en el asunto sometido a revisión, exigir dicho requisito.

Por lo anterior, es evidente que el Juez Trece Civil del Circuito de Bogotá desconoció la jurisprudencia constitucional al exigir más requisitos de aquellos contemplados en la Carta -artículo 86- y la ley -artículo 32 del Decreto 2591 de 1991-, razón por la cual la Sala no entrará a revisar el presente asunto hasta tanto no se tramite en forma debida por el citado despacho judicial, la segunda instancia del asunto en referencia.

En tal virtud, se ordenará devolver las diligencias correspondientes al Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, para que proceda a tramitar y resolver la impugnación debidamente formulada por el señor Luis Arcenio Avellaneda Quinche.

DECISION

De conformidad con lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: ABSTENERSE de efectuar la revisión de fondo de la providencia proferida en relación con la acción de tutela instaurada por Luis Arcenio Ave-

llaneda Quinche contra la Empresa Agregados de la Sabana Ltda., toda vez que se ha pretermitido una instancia.

Segundo: DECLARAR sin valor ni efecto la providencia proferida el diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual resolvió declarar que no había lugar a resolver el recurso de impugnación interpuesto por el señor Luis Arcenio Avellaneda Quinche, por no haberse sustentado.

Tercero: El Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, deberá tramitar y resolver la impugnación formulada y remitirá de nuevo el expediente a esta Sala para los efectos contemplados en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991.

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

HERNANDO HERREA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 005
de febrero 9 de 1995

LEY APROBATORIA DE TRATADO - Vicio Subsanable

Entre el debate surtido en la comisión segunda (17 de noviembre de 1993) y la aprobación por parte de la plenaria del Senado (24 de noviembre), no mediaron los ocho (8) días de que trata el artículo 160 de la Constitución. Como el requisito en mención es de carácter constitucional, esta Corte pondrá de presente al Senado de la República, este vicio de procedimiento en la tramitación de la Ley 148 de 1994.

Ref.: L.A.T. 031

Revisión oficiosa de la Ley 148 de julio 13 de 1994 "por medio de la cual se aprueba el tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993."

Magistrado sustanciador: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Auto aprobado, según consta en acta No. tres (3) de la Sala Plena, en Santafé de Bogotá, D.C., a los nueve días (9) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, y en especial de las que le confieren el numeral 10 y el parágrafo del artículo 241 de la Constitución, así como el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991,

CONSIDERANDO:

1o. El Secretario Jurídico de la Presidencia envió a la Presidencia de esta Corporación, el día 18 de julio de 1994, copia de la Ley 148 de 1994 "Por me-

dio de la cual se aprueba el tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993", en cumplimiento del artículo 241, numeral 10 de la Constitución, para efectos de su revisión oficiosa.

2o. Una vez recibido el texto de la ley y del tratado que ella aprueba, la Sala Plena en sesión del cuatro (4) de agosto de 1994, decidió repartirlos al magistrado sustanciador de esta providencia.

3o. Por auto del veintidós (22) de agosto de 1994, se asumió el conocimiento del proceso de la referencia, decretándose una serie de pruebas, entre ellas la remisión de los antecedentes legislativos del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 148 de 1994, a los señores secretarios de Senado y Cámara de Representantes.

4o. Mediante oficio No. SG-538 del treinta y uno (31) de agosto de 1994, el Secretario General del Senado de la República remitió parte de la información solicitada en el auto del veintidós de agosto. Lo mismo aconteció con el Secretario General (E) de la Cámara de Representantes, quien por medio de oficio SG-1071, remitió copia de las gacetas del Congreso, donde se efectuaron las publicaciones correspondientes a las deliberaciones y aprobación del proyecto de ley que terminó como Ley 148 de 1994.

5o. Ante la ausencia de algunas pruebas, el magistrado sustanciador, por medio del auto del veintiséis (26) de septiembre de 1994, solicitó nuevamente, la remisión de las mismas. A pesar de este requerimiento, no fue posible obtener del Secretario General del Senado de la República contestación alguna.

6o. Ante la imperiosa necesidad de continuar con el trámite correspondiente a esta clase de procesos, el magistrado sustanciador, por auto del siete (7) de octubre de 1994, desistió de la prueba solicitada, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación, cumplir con la fijación en lista del negocio y el envío de copia del expediente al señor Procurador General de la Nación, para que rindiera el concepto de rigor. Recibido el concepto del Ministerio Público, el magistrado sustanciador entró a realizar el estudio de constitucionalidad de la Ley 148 de 1994 y el tratado que en ella se aprueba.

7o. En relación con el análisis del trámite que se le dio en el Congreso de la República, al proyecto de ley por medio de la cual se aprobó "el tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993", se encontró lo siguiente:

Trámite del proyecto en el Senado de la República.

- El 13 de octubre de 1993, la señora Ministra de Relaciones Exteriores, doctora Noemí Sanín de Rubio, y el Ministro de Justicia y del Derecho, doctor Andrés González Díaz, presentaron a consideración del Senado de la República, el texto del tratado suscrito por los Gobiernos de Colombia y España, con el fin de que fuera aprobado por el Congreso, tal como lo ordena el artículo 150, numeral 16 de la Constitución. Así mismo, presentaron la correspondiente exposición de motivos.

- La Secretaría General del Senado de la República, una vez identificado el proyecto con el número 115/93, lo repartió a la Comisión Segunda Constitucional Permanente, que es la competente para tramitar esta clase de asuntos. Igualmente, ordenó la publicación del texto del proyecto a la Imprenta Nacional, publicación que se efectuó el 22 de octubre de 1993, en la Gaceta del Congreso No. 367, página 35.

Con la publicación antedicha, se cumplió el requisito constitucional exigido por el numeral 1o. del artículo 157, según el cual, ningún proyecto será ley sin haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

- Una vez recibido el proyecto de ley en la Comisión Segunda, se designó como ponente al H. Senador José Guerra de la Espriella. Este presentó su ponencia, que fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 405 del 22 de noviembre de 1993 y aprobada en primer debate, el 17 de noviembre de 1993.

- El 24 de noviembre de 1993, se le dio segundo debate al proyecto de ley, en la sesión plenaria del senado que lo aprobó por unanimidad de los 95 H. senadores asistentes a la sesión de ese día, según constancia suscrita por el Secretario General del Senado.

Trámite del proyecto en la Cámara de Representantes.

Una vez aprobado el proyecto de ley por la plenaria del Senado de la República, éste fue remitido a la Cámara de Representantes, donde se identificó con el Nro. 157 de 1993. La Presidencia hizo el respectivo reparto a la Comisión Segunda Constitucional Permanente, donde se designaron como ponentes a los Hs. representantes Julio Vicente Ortíz, Bejamín Higuita y Jaime Fernando Escrucería Jiménez.

El proyecto en esta Comisión fue aprobado por 12 de los representantes que integran la comisión, el día 10 de mayo de 1994, según constancia suscrita por el Secretario General de la Comisión. De esta manera, se dió cumplimiento a lo estipulado en la parte final del artículo 160 de la Constitución,

que señala: "... entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días".

En Sesión Plenaria del 8 de junio del mismo año, la Cámara de Representantes aprobó el proyecto de ley, por unanimidad de los 121 Hs. representantes asistentes a la sesión de ese día, tal como consta en la certificación suscrita por el Secretario de esa Corporación y en la publicación que se hizo en la Gaceta del Congreso No. 79 de 1994.

Sanción Presidencial.

El 13 de julio 1994, el Presidente de la República sancionó el proyecto de ley que aprobaba el tratado que aquí se revisa, al cual le correspondió el número 148 de 1994 "Por medio de la cual se aprueba el tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993."

8o. Como puede apreciarse, entre el debate surtido en la comisión segunda (17 de noviembre de 1993) y la aprobación por parte de la plenaria del Senado (24 de noviembre), no mediaron los ocho (8) días de que trata el artículo 160 de la Constitución, según el cual:

*"ARTICULO 160. **Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días**, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días.*

"..."

9o. Como el requisito en mención es de carácter constitucional, esta Corte pondrá de presente al Senado de la República, este vicio de procedimiento en la tramitación de la Ley 148 de 1994 "Por medio de la cual se aprueba el tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993", para que subsane el vicio señalado, tal como lo prevé el parágrafo del artículo 241 de la Constitución, según el cual " *Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.*"

10o. El vicio que se encontró en la tramitación de la Ley 148 de 1994, es subsanable, pues, para la leyes aprobatorias de tratados, la Constitución no exige ningún requisito especial en su aprobación que impida su nueva tramitación, como si ocurre con las leyes estatutarias.

11o. Por tanto, en aplicación de las normas constitucionales y con el fin de guardar la integridad de la Constitución, esta Corte solicitará al H. Senado de la República, volver a tramitar en esa célula legislativa el proyecto de ley No. 115/93 Senado "Por medio de la cual se aprueba el tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993", cumpliendo los términos constitucionales exigidos para el efecto.

12o. En consecuencia, una vez aprobado por la plenaria del Senado de la República el proyecto de ley en mención, el señor Presidente de la República tendrá que volver a impartir la sanción correspondiente a la ley por medio de la cual se aprueba el "Tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993".

13o. De conformidad con lo establecido en el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991, que faculta a la Corte para fijar un término en el cual debe ser enmendado el vicio observado, se fijará como término para que el Senado de la República subsane el defecto señalado, el de treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente a la notificación del presente auto. Vencido este término, la Corte entrará a decidir sobre la constitucionalidad de la Ley 148 de 1993 y del tratado que ella aprueba.

14o. Como el Congreso de la República no se encuentra en este momento sesionando, el término de que trata el numeral anterior deberá contarse a partir del 16 de marzo del año en curso, fecha en la cual empiezan las sesiones ordinarias del Congreso, tal como lo prevé el artículo 138 de la Constitución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero.- De conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 241 constitucional y en el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991, SOLICITASE al H. Senado de la República, tramitar nuevamente el proyecto de ley número 115 de 1993 "Por medio del cual se aprueba el "Tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993", cumpliendo los términos constitucionales para su correspondiente aprobación.

Segundo.- De conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 241 constitucional y en el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991, y una vez la plenaria del Senado de la República haya dado cumplimiento a lo dispuesto en el numeral primero de esta providencia, ENVIESE por la Secretaría del H.

Senado de la República, el proyecto de ley por medio de la cual se aprueba el "Tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993", al señor Presidente de la República, para que le imparta la sanción correspondiente

Tercero.- FIJASE al Senado de la República y al señor Presidente de la República, un término de treinta (30) días calendario para dar cumplimiento a lo dispuesto en los numerales primero y segundo de esta providencia. Dicho término se contará a partir del día siguiente de la notificación de esta providencia a la Presidencia del Senado de la República.

Como el Congreso de la República, no se encuentra en este momento sesionando, el término de que trata este numeral deberá contarse a partir del 16 de marzo del año en curso, fecha en la cual empiezan las sesiones ordinarias del Congreso, tal como lo prevé el artículo 138 de la Constitución.

Cuarto.- ADVIERTESE al H. Senado de la República y al Señor Presidente de la República que, en virtud de lo previsto en el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, el incumplimiento del término establecido en el numeral tercero de esta providencia, obliga a la Corte Constitucional a pronunciarse en forma definitiva respecto de la constitucionalidad de la Ley 148 del 13 de julio de 1994, por medio de la cual se aprueba el "Tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993".

Notifíquese y cúmplase,

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 006
de febreo 9 de 1995

QUORUM DECISORIO / LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL - Vicio de procedimiento

El segundo debate en Cámara de Representantes se surtió durante la misma sesión, llevada a cabo el 1º de julio de 1994. La violación de la normativa constitucional consistió en que, efectuado el llamado a lista, de los 161 representantes que componían la Cámara en ese entonces, apenas contestaron 53, motivo por el cual el proceso de toma de decisiones que se inició de inmediato tuvo lugar sin que hubiera el quórum decisorio, en abierta violación a lo dispuesto por el artículo 145 de la Carta Política.

LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL - Vicio subsanable

En casos como el presente, la carencia de quórum decisorio se constituye en causal de ineficacia de cualquiera de las decisiones que se adopten durante la sesión correspondiente. No obstante lo expuesto, el vicio en mención es en este caso subsanable, por cuanto, a diferencia de lo que acontece con los proyectos de ley estatutaria, que deben ser aprobados en su totalidad durante una sola legislatura, para los proyectos de leyes ordinarias y, en concreto, para los referentes a la aprobación de tratados internacionales, no existe esa limitación.

LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL-Modificación / **CORTE CONSTITUCIONAL** - Incompetencia / **LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL** - Corrección

La Corte Constitucional no goza de competencia para introducir modificación alguna a los textos de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y, por lo tanto, no puede alterar las palabras usadas por el legislador o por las partes contratantes al dejar plasmados los términos de los acuerdos, ni ordenar cambios referentes al lugar y fecha de celebración de los mismos. Su ta-

rea se circunscribe, según la Constitución Política (artículo 241, numeral 10), a decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los textos sometidos a su consideración por el Ejecutivo dentro de los seis (6) días siguientes a la sanción de la ley correspondiente. Puede la Corte, sin embargo, formular las observaciones que resulten necesarias en relación con el trámite efectuado y ordenar las correcciones de los vicios subsanables, así como alertar, tanto al Gobierno como al Congreso de la República, sobre los errores de forma en que se haya podido incurrir, con mucha mayor razón si éstos se refieren a datos fundamentales para la identificación de los convenios aprobados, con miras a garantizar la veracidad de los documentos materia de su análisis.

-Sala Plena-

Ref.: Expediente L.A.T. 032

Revisión constitucional de la Ley 149 de julio 15 de 1994, "por medio de la cual se aprueba el CONVENIO CONSTITUTIVO DEL ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTIA DE INVERSIONES, hecho en Washington el 25 de mayo de 1986".

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobado en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta del nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

De la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República se recibió fotocopia autenticada de la Ley 149 del 15 de julio de 1994, "por medio de la cual se aprueba el CONVENIO CONSTITUTIVO DEL ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTIA DE INVERSIONES, hecho en Washington el 25 de mayo de 1986".

Aspectos formales

Mediante las pruebas practicadas por la Corte se pudo establecer que el proyecto de ley sufrió los siguientes trámites:

1) El Ministerio de Relaciones Exteriores lo remitió al Senado de la República el 14 de octubre de 1992. Recibido en la Secretaría de esa Corporación el día 15, en esa fecha fue enviado a la Presidencia de la misma.

2) El texto del proyecto fue publicado oficialmente en la "Gaceta del Congreso" número 123 del 26 de octubre de 1992.

3) El proyecto distinguido con el número 185, fue aprobado en primer debate en la Comisión Segunda del Senado el 24 de marzo de 1993.

4) Se aprobó en segundo debate durante sesión del Senado de la República efectuada el 13 de mayo de 1993.

5) Enviado a la Presidencia de la Cámara el 21 de mayo de 1993, allí fue radicado el 25 de mayo bajo el número 294 y se remitió a la Comisión Segunda.

6) Fue aprobado en primer debate en dicha Comisión el 25 de mayo de 1994.

7) En segundo debate fue aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes el 1º de junio de 1994.

8) Mediante Oficio del 10 de junio de 1994 fue remitido a la Presidencia de la República para sanción.

9) Fue sancionado por el Presidente de la República el 15 de julio de 1994 y numerado en esa misma fecha.

10) El proyecto sancionado se remitió a la Corte el 19 de julio de 1994, dentro del término previsto en el artículo 241-10 de la Constitución Política.

También se acató lo dispuesto en el artículo 160 Ibídem, relativo al número de días que debe mediar entre el primero y segundo debate en cada cámara y entre la aprobación en una de ellas y la iniciación del debate en la otra.

Se observa, empero, que existe en esta ocasión el mismo vicio de forma encontrado por la Corte en el caso del proyecto de Ley Estatutaria sobre Habeas Data (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-008 del 17 de enero de 1995), pues el segundo debate en Cámara de Representantes se surtió durante la misma sesión, llevada a cabo el 1º de julio de 1994 (Acta Nº 118. "Gaceta del Congreso" Nº 76, del 15 de junio de 1994).

La violación de la normativa constitucional consistió en que, efectuado el llamado a lista, de los 161 representantes que componían la Cámara en ese entonces, apenas contestaron 53, motivo por el cual el proceso de toma de decisiones que se inició de inmediato tuvo lugar sin que hubiera el quórum decisorio, en abierta violación a lo dispuesto por el artículo 145 de la Carta Política, a cuyo tenor "las decisiones (en el Congreso pleno, las cámaras y sus comisiones) sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente".

Para la Corte, el aludido vicio no resulta saneado por la circunstancia de que en la misma acta se haya dicho que en el curso de la sesión se hicieron presentes varios representantes más, pues el quórum exigido por la Carta Política para proceder a decidir debe darse desde antes de cualquier votación y mantenerse durante el desarrollo de todas ellas, siendo certificado de

manera expresa por la Secretaría para lo referente a cada uno de los proyectos o asuntos que se someten al estudio de la correspondiente célula legislativa.

En este caso, la indeterminación del acta es absoluta. Se ignora en qué momento se completó el quórum requerido; se desconoce si permaneció durante las sucesivas votaciones llevadas a cabo ese día; ninguna certificación hay ni en el acta ni en el expediente acerca de que el proyecto de ley examinado hubiera sido votado en la total certidumbre en torno al indicado quórum.

La Corte estima pertinente reiterar lo afirmado en la mencionada sentencia pues los argumentos de inconstituicionalidad allí expuestos tienen plena validez para resolver sobre el asunto que se considera:

"Esencial para la aprobación de cualquier ley de la República y con mayor razón para la de una estatutaria es el exacto cumplimiento del quórum y las mayorías exigidas por la Constitución Política.

El artículo 157 de la Carta advierte con claridad que " ningún proyecto" será ley sin haber sido " aprobado" en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara y en las dos cámaras en segundo debate.

La aprobación es un acto solemne en cuya virtud un funcionario, corporación u organismo adopta una decisión, con arreglo a determinadas exigencias previas, establecidas por el ordenamiento jurídico, de tal manera que, al impartirla, se compromete, aceptando, refrendando o respaldando aquello que ha sido objeto de su análisis.

En materia legislativa, la aprobación alude al asentimiento válido de la correspondiente comisión o cámara a un determinado proyecto o proposición, el cual no se entiende otorgado si falta alguno de los requisitos exigidos en abstracto por la normatividad constitucional que rige la materia. Entre tales requisitos cabe resaltar, para los fines del proceso, el quórum -en sus modalidades de deliberación y decisión- y la mayoría -ordinaria o calificada-, cuya determinación depende de las previsiones que para el asunto específico haya establecido la Carta Política.

El quórum deliberatorio es el número mínimo de miembros de la respectiva comisión o cámara que deben hallarse presentes en el recinto para que la unidad legislativa de que se trata pueda entrar válidamente a discutir sobre los temas objeto de su atención.

La existencia del quórum deliberatorio no permite per se que los presentes adopten decisión alguna. Por tanto, no puede haber votación, aunque se

tenga este tipo de quórum, si no ha sido establecido con certidumbre el quórum decisorio, que corresponde al número mínimo de miembros de la comisión o cámara que deben estar presentes durante todo el proceso de votación para que aquélla pueda resolver válidamente cualquiera de los asuntos sometidos a su estudio.

Sobre la base del quórum decisorio, y sólo sobre la base de él, es menester que, contabilizada la votación que se deposite en relación con el proyecto de que se trate, éste alcance la mayoría, esto es, el número mínimo de votos que requiere, según la Constitución, para entenderse aprobado.

Según el artículo 145 de la Constitución, el Congreso pleno, las cámaras y sus comisiones no podrán abrir sesiones ni deliberar (quórum deliberatorio) con menos de una cuarta parte de sus miembros.

De acuerdo con el mismo precepto, las decisiones sólo podrán tomarse (quórum decisorio) con la asistencia de la mayoría (mitad más uno) de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente.

En otros términos, únicamente se puede entrar a adoptar decisiones cuando desde el principio ha sido establecido y certificado con claridad el quórum decisorio.

Por su parte, en materia de mayorías, el artículo 146 de la Carta determina: 'En el Congreso pleno, en las cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial'".

La Corte Constitucional reitera que, en casos como el presente, la carencia de quórum decisorio se constituye en causal de ineficacia de cualquiera de las decisiones que se adopten durante la sesión correspondiente, según lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución, que dice:

"Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes".

No obstante lo expuesto, el vicio en mención es en este caso subsanable, por cuanto, a diferencia de lo que acontece con los proyectos de ley estatutaria, que deben ser aprobados en su totalidad durante una sola legislatura, para los proyectos de leyes ordinarias y, en concreto, para los referentes a la aprobación de tratados internacionales, no existe esa limitación.

Nada obsta, entonces, para que se aplique el parágrafo del artículo 241 de la Constitución, ordenando que el proyecto se devuelva al Congreso de la República y se apruebe en segundo debate en la Cámara de Representantes con el quórum decisorio.

Adicionalmente a lo dicho, ha encontrado la Corte que, si bien en el texto de la Ley y durante el trámite de su aprobación se dice siempre que el Convenio en referencia fue "hecho en Washington el 25 de mayo de 1986", en el texto mismo del Convenio (página 26), en su parte final, antes de anexos, se expresa:

"HECHO en Seúl, en un solo ejemplar que quedará depositado en los archivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el cual ha indicado con su firma al pie de este instrumento su conformidad para el desempeño de las funciones que se le encomiendan en este Convenio".

Además, en el encabezamiento del Convenio se dice textualmente:

"Presentado a los gobiernos por la Junta de Gobernadores del

BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCION Y FOMENTO

11 de octubre de 1985"

Obra en el expediente la intervención del ciudadano Germán Cavelier, encaminada a señalar la misma imprecisión que ha observado la Corte. Allí se expresa:

"Mi observación se refiere al hecho de que tal Convenio fue hecho en Seoul (no en Washington) el 11 de octubre de 1985 (y no el 25 de mayo de 1986), tal como puede verse en el propio texto del Convenio (página 7 del Diario Oficial citado) e Indice de Tratados Multilaterales en cuya página 31 aparece tanto la fecha del 11 de octubre de 1985 como el lugar de Seoul donde fue celebrado el Convenio"

La Corte Constitucional no goza de competencia para introducir modificación alguna a los textos de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y, por lo tanto, no puede alterar las palabras usadas por el legislador o por las partes contratantes al dejar plasmados los términos de los acuerdos, ni ordenar cambios referentes al lugar y fecha de celebración de los mismos. Su tarea se circunscribe, según la Constitución Política (artículo 241, numeral 10), a decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los textos sometidos a su consideración por el Ejecutivo dentro de los seis (6) días siguientes a la sanción de la ley correspondiente.

Puede la Corte, sin embargo, formular las observaciones que resulten necesarias en relación con el trámite efectuado y ordenar las correcciones de

los vicios subsanables, así como alertar, tanto al Gobierno como al Congreso de la República, sobre los errores de forma en que se haya podido incurrir, con mucha mayor razón si éstos se refieren a datos fundamentales para la identificación de los convenios aprobados, con miras a garantizar la veracidad de los documentos materia de su análisis.

En consecuencia, por lo que hace al presente caso, la Corporación ordenará al Congreso que, previa consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre el punto planteado, precise en el texto de la Ley cuándo y dónde fue hecho en efecto el "Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones"

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales,

RESUELVE:

Primero.- DEVUELVASE al Congreso de la República la Ley Nº 149 del 15 de julio de 1994, "Por medio de la cual se aprueba el CONVENIO CONSTITUTIVO DEL ORGANISMO MULTILATERAL DE INVERSIONES, hecho en Washington el 25 de mayo de 1986", para que, dentro de los treinta (30) días calendario contados a partir del 16 de marzo del año en curso, se surta el segundo debate en la Cámara de Representantes con el quórum decisorio exigido por el artículo 145 de la Constitución.

Cumplido este paso, con arreglo a los requisitos constitucionales, el proyecto deberá ser sancionado de nuevo por el Presidente de la República y remitido a esta Corte, dentro de los seis (6) días siguientes, para los fines de su revisión.

Segundo.- Previa consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores, el Congreso Nacional dejará constancia expresa, en el texto de la Ley que apruebe, sobre el lugar y la fecha del Convenio objeto de la misma.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 007
de febrero 10 de 1995

DERECHO A LA IMPUGNACION - No sustentación

Cuando se condiciona el trámite de la impugnación a la sustentación del recurso, se vulnera abiertamente el derecho de acceso a la administración de justicia y se quebrantan de manera ostensible principios básicos de la Carta Política, particularmente el que impone el debido proceso en todas las actuaciones judiciales.

-Sala Quinta de Revisión-

Ref.: Expediente T-49809

Acción de tutela instaurada por Cayo Cesar Villalobos Rincón contra el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Mediante providencia del doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), el Juzgado Dieciocho Penal Municipal de Santafé de Bogotá, D.C. resolvió conceder la tutela solicitada.

El fallo fue comunicado al demandado el día dieciséis (16) de agosto del mismo año.

El día dieciocho (18) de agosto, el Juzgado accionado presentó escrito en el que manifestaba que impugnaba el fallo y solicitó que el expediente fuera remitido al superior jerárquico para efectos de tramitar la impugnación propuesta, recordando que la sustentaría ante el superior. Mediante auto del veinticinco (25) de agosto, el Juzgado Dieciocho Penal Municipal de Santafé de Bogotá ordenó enviar el expediente a la Oficina de Reparto de los juzgados penales de Circuito con el fin de que se hiciera el pronunciamiento sobre la impugnación.

Las diligencias fueron repartidas al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., el cual consideró que no se había sustentado en debida forma el recurso toda vez que, en su parecer, "transcurridos los términos previstos en la ley para las notificaciones, el impugnante no allegó escrito de sustentación, pero el Juzgado del conocimiento envió las diligencias a la segunda instancia para desatar el recurso interpuesto", pero que "el Doctor Guillermo Pinzón Delgado Juez 24 Civil del Circuito no manifestó cuál es su inconformidad". Por tanto, mediante auto del diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), se abstuvo de conocer en segunda instancia el fallo de tutela proferido por el Juzgado Dieciocho Penal Municipal y ordenó remitir las diligencias a esta Corte para su eventual revisión.

Contra esta providencia el impugnador interpuso recurso de reposición, el cual le fue resuelto de manera desfavorable el veintisiete (27) de septiembre, por estimar el Juzgado que no existía en segunda instancia una oportunidad procesal para sustentar la impugnación.

El derecho de impugnar los fallos de tutela

En forma reiterada la jurisprudencia ha sostenido que el de impugnar es un derecho de naturaleza constitucional instituido en favor de las partes que intervienen en el procedimiento preferente y sumario que se inicia a partir del ejercicio de la acción de tutela y que, para acceder a la segunda instancia, no es necesario sustentar la impugnación.

Sobre el particular ha destacado la Corte:

"Como puede apreciarse, ninguna norma constitucional ni legal exige que quien impugne sustente la impugnación. La expresión "debidamente", utilizada por el artículo 32 que se acaba de citar, debe entenderse referida al término para impugnar, único requisito de índole formal previsto en el Decreto 2591 de 1991, al lado del relativo a la competencia del juez, establecido por la propia Constitución. Este carácter simple de la impugnación es concordante con la naturaleza preferente y sumaria que la Constitución atribuye a la acción de tutela y con la informalidad que, en consecuencia, subraya el artículo 14 del Decreto 2591 para la presentación de la solicitud, cuando establece inclusive que al ejercitar la acción "no será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado".

"En este orden de ideas, no es posible equiparar la impugnación del fallo de tutela con los demás recursos consagrados en otras leyes, pues ellos tienen fines distintos y diferente régimen, menos aún con el objeto de impedir

su ejercicio haciéndole extensivos "por analogía" requisitos expresamente indicados para los recursos ordinarios o extraordinarios".

"Además, acudiendo a la interpretación teleológica de las normas constitucionales, se halla fácilmente el sentido protector de la acción de tutela, al igual que su inconfundible orientación hacia el perfeccionamiento material de los derechos fundamentales (artículos 1, 2, y 86 de la Constitución, entre otros), que no se obtiene dentro de una concepción que rinda culto a las formas procesales, menos aún si ellas no han sido expresamente consagradas. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de velar por la prevalencia del derecho sustancial, tan nítidamente definida por el artículo 228 de la Carta Política". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-501 del 21 de agosto de 1992).

Así, pues, cuando se condiciona el trámite de la impugnación a la sustentación del recurso, se vulnera abiertamente el derecho de acceso a la administración de justicia y se quebrantan de manera ostensible principios básicos de la Carta Política, particularmente el que impone el debido proceso en todas las actuaciones judiciales.

En el presente caso es evidente que el juez de segundo grado desconoció este derrotero jurisprudencial y pretendió exigir al accionado sustentar la impugnación, negándole en consecuencia su derecho.

Por tanto, la Sala no entra todavía a revisar el asunto, aguardando a que se tramite la segunda instancia, etapa en la cual el Juzgado correspondiente se halla obligado a resolver de fondo sobre la impugnación, para lo cual se ordenará devolver las diligencias correspondientes, previa la declaración de que lo actuado en la segunda instancia en el sentido de abstenerse de conocer la impugnación queda sin ningún valor ni efecto.

DECISION

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, la Corte Constitucional de la República de Colombia -Sala Quinta de Revisión Simple-,

RESUELVE:

Primero.- ABSTENERSE de efectuar la revisión de fondo de las decisiones en referencia, toda vez que se ha pretermitido una instancia.

Segundo.- Declarar sin valor ni efecto las providencias proferidas los días diecinueve (19) y veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Santafé de Bogo-

tá, D.C., mediante las cuales se abstuvo de conocer sobre la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia, se ordenó el envío del expediente a la Corte Constitucional y se negó la reposición interpuesta por Guillermo Pinzón Delgado -Juez Veinticuatro del Circuito-.

Tercero.- El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., tramitará y resolverá acerca de la impugnación y remitirá de nuevo el expediente a esta Sala para los efectos contemplados en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO,
Magistrado Ponente, Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO,
Secretaria General

AUTO No. 008
de febrero 16 de 1995

RECUSACION - Extemporaneidad

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. En consecuencia, siendo ostensible la extemporaneidad de la recusación, por haberse anticipado a los hechos, no es éste el momento procesal para darle trámite, por lo cual la Corte se pronunciará al respecto una vez se conozca la posición del señor Procurador General de la Nación, y la del Viceprocurador en su caso, cuando reciban el expediente para la emisión de concepto sobre la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Ref.: Expedientes D-824 y D-842 (acumulados)

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 Sustanciador: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

1. Por cumplir los requisitos de forma establecidos en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, ADMITENSE las demandas en referencia.

2. Córrase traslado al Procurador General de la Nación por el lapso de treinta (30) días, para que rinda concepto.

3. Fíjense en lista las disposiciones acusadas por el término de diez (10) días, para que cualquier ciudadano las impugne o defienda.

4. Comuníquese al Presidente del Congreso para los fines del artículo 244 de la Constitución, al Presidente de la República, a los ministros de Gobierno

y Hacienda y Crédito Público, al Gerente General del Banco de la República, para los efectos señalados en dicha norma y en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991.

5. Se observa que, en la demanda radicada bajo el número D-824, el ciudadano Jaime Enrique Lozano formula recusación contra el Procurador y el Viceprocurador General de la Nación por cuanto afirma que eran miembros del Congreso cuando fue tramitada la Ley 42 de 1993, de la cual hacen parte los artículos acusados.

No habiéndose corrido todavía traslado de la demanda a la Procuraduría General de la Nación por cuanto el proceso apenas se encuentra en la etapa de admisión, los funcionarios recusados no han tenido oportunidad alguna para expresar si se declaran 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.

En consecuencia, siendo ostensible la extemporaneidad de la recusación, por haberse anticipado a los hechos, no es éste el momento procesal para darle trámite, por lo cual la Corte se pronunciará al respecto una vez se conozca la posición del señor Procurador General de la Nación, y la del Viceprocurador en su caso, cuando reciban el expediente para la emisión de concepto sobre la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Notifíquese, comuníquese al Procurador y al Viceprocurador General de la Nación, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIOHERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 009
de febrero 22 de 1995

DERECHO DE LOS INTERNOS A LA NOTIFICACION PERSONAL / NOTIFICACION POR FAX / NOTIFICACION DE TUTELA / DERECHO A LA IMPUGNACION

Esta Corporación ha establecido que "la notificación en debida forma constituye el presupuesto fundamental de defensa de los ciudadanos frente a las decisiones de los jueces y constituye además, condición de eficacia de las providencias judiciales, cuya firmeza y ejecutoriedad depende de la fecha exacta en que ella es conocida por quien debe cumplirla o está en capacidad de impugnarla o controvertirla. La notificación de las sentencias de tutela a los reclusos debe ser efectuada de manera personal, con el fin de asegurar que el interno pueda impugnar las decisiones que le sean desfavorables, ya que la impugnación del fallo de tutela es un derecho constitucional "reconocido directamente por la Carta a las partes que intervienen dentro del proceso".

NULIDAD PROCESAL POR FALTA DE NOTIFICACION / DERECHO A LA IMPUGNACION - Improcedencia de la extemporaneidad

La Corte considera contrario a derecho el auto que negó, por extemporánea, la impugnación. En efecto, si no hay certeza de la notificación del fallo o de su fecha ¿cómo pudo el Tribunal determinar la extemporaneidad de la impugnación? Por consiguiente, la Corte procederá a anular el mencionado auto, puesto que el Tribunal desconoció el derecho constitucional del petente a impugnar los fallos de tutela.

Ref: Expediente Nº 49243

Actor: Nicolas de Jesús Carvajal

Procedencia: Tribunal Superior Sala Civil de Medellín

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

A-009/95

Santafé de Bogotá , D.C., veintidos (22) de febrero 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

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación 49243

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 T-49243. Por reparto le correspondió dicho negocio a esta Sala Séptima de Revisión.

1. Solicitud

El ciudadano Nicolas de Jesús Carvajal E. instaura el 22 de agosto de 1994 acción de tutela contra la Fiscalía Regional de Orden Público de Medellín, división Primera, pues considera que esa autoridad pública desconoció los derechos fundamentales que consagran los artículos 4º, 23, 28 y 29 de la Constitución Nacional, cuando profirió resolución de acusación en su contra y le negó una petición de libertad.

Según el criterio del petente, quien al momento de presentar la acción se encontraba recluido en la cárcel de Bellavista de Bello (Antioquia), la resolución de acusación se hizo con base en los decretos de Conmoción Interior de 1994 (874, 875, 951 y 952) que fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional, lo que ha debido llevar al funcionario a darle prelación a las normas de la Carta Constitucional. Por consiguiente, al no hacerlo, la autoridad judicial violó el artículo 4º de la Carta.

De esa manera, considera el actor, se vulneró el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, puesto que la decisión se fundamentó en normas "derogadas". Además, la autoridad judicial violó también este derecho fundamental al haber dictado la providencia calificatoria sin atender primero la solicitud presentada desde el día 26 de mayo de 1994, en la cual el sindicado pedía la libertad por vencimiento de términos. Dice entonces expresamente el actor:

"El día 26 de mayo del año presente demandé mi libertad por vencimiento de términos, Ley 81 de 1993, art. 55 modificativo del art. 415 n. 4º del C. de P. P., causal de libertad establecida por la Ley, pero primero se me dicta resolución acusatoria bajo fecha junio 14, ***luego se deniega mi libertad*** *un día después, cuando aún no se había ejecutoriado el llamamiento a juicio. Es incuestionable el agravio al debido proceso, la violación a las garantías fundamentales, establecidas en el derecho de defensa, y en el principio de favorabilidad. Hubo parcialidad procesal."*

2- La decisión de primera instancia

La tutela fue presentada ante el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, quien ofició a la Cárcel de Bellavista con el fin de que el petente manifestara, bajo la gravedad de juramento, que no había presentado otra tutela por los mismos hechos. Cumplido tal requisito, el Tribunal ofició a la Fiscalía con el fin de que se enviara copia de la resolución de acusación y del estado actual del proceso penal contra el petente. Recibida tal prueba, el Tribunal, mediante sentencia del seis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, negó, por improcedente, la tutela.

Según criterio de esa Corporación, en lo relativo a la libertad, la acción de tutela no es procedente por cuanto el ordenamiento colombiano ha previsto para tal efecto el recurso de hábeas corpus. Y, con relación a la presunta violación del debido proceso, considera el fallador lo siguiente:

"Si se entiende que lo pretendido es la violación del derecho fundamental del DEBIDO PROCESO porque, según lo afirma el memorialista, se le ***resolvió extemporáneamente la solicitud de libertad,*** *advierte la Sala que una cosa es el estar retenido* ***ilegalmente*** *y otra el estarlo* ***legalmente.*** *Frente a esta segunda situación que es la deducible de un procesado a quien se le profiera auto con resolución de acusación, (lo que supone detención legal) en nada varía su derecho porque el funcionario competente para resolver sobre la libertad, lo haya hecho oportunamente o haya dejado vencer el término. Desde el punto de vista del debido proceso lo que interesa es que haya habido pronunciamiento otorgando o negando la liber-*

tad. Y es el propio accionante quien ***reconoce que le fue negada,*** *lo que además se confirma con la constancia expedida por la Fiscalía Fs. 2 y 49.*

Si ese pronunciamiento del funcionario fue extemporáneo, podrá haber sanciones disciplinarias o penales, mas no violación del debido proceso, lo que impone el rechazo de la acción propuesta, por este motivo."

Finalmente, considera la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín que la tutela no procede tampoco en este caso por cuanto está referida a "una providencia judicial como lo es la resolución acusatoria mediante la cual culmina la fase del sumario, para entrar a lo que es, propiamente, el juicio penal. Esa improcedencia deriva de que la Acción de Tutela **no es un recurso alternativo** de los que aquella providencia admite."

3- La impugnación

Según constancia de la Secretaría de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, el 19 de septiembre de 1994 fue recibido, de un tercero, un escrito del petente en el cual señala que procede a sustentar la apelación que había interpuesto contra la decisión de primera instancia (fls. 64 a 68). En este escrito, el actor afirma que no está de acuerdo con el criterio del Tribunal, según el cual los actos omisivos del funcionario acusado únicamente ameritan una posible investigación administrativa. Dice entonces el impugnante:

"A decir verdad, quizás por la falta de ilustración del incoante, la cual es incuestionable porque en estos Tópicos soy lego, me llevaron a pensar en determinado momento, que una norma tiene contenido sustancial, entre otros, cuando contienen derechos, o garantías que se refieren o afectan la libertad de las personas o derechos fundamentales de las mismas.

Bajo ese perfil, tenemos que cuando existen normas procedimentales de contenido sustancial, la favorabilidad es obligatoria y por ello debe aplicarse la norma más "favorable" vigente a la fecha de la comisión del punible o la posterior a este, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Esta es la situación que precisamente se presenta en mi caso.

Sabido es por todos Honorable señor magistrado, que el Tránsito de legislación ocasiona Traumatismos en los procesos iniciados bajo el imperio de determinada ley y que debe acoplarse a las nuevas normas de carácter legislativo, pero observando en todo momento el principio constitucional de favorabilidad."

Con base en tales consideraciones, concluye entonces el actor:

"Ante este panorama, tenemos entonces: primero, el señor Fiscal, ignoró, o al menos olvidó, hacer una evaluación sobre la norma procedimental más favorable al endilgado; segundo; reunió un conjunto de Decretos derogados por la Honorable Corte Constitucional, tales como: Decretos, 874, 875, 951 y 952 de 1994, para justificar su denegación a mi libertad provisional por vencimiento de términos, acorde a los parámetros legales y reglamentarios consignados al tenor de la Ley 81 de 1993, en su art. 55, que traza textual, explícita, inequívocamente, delimitativa y concretamente mi causal de libertad estatuida dentro del contenido del art. 415 numeral 4º del C. de P.P. Vamos más lejos: el día 26 de mayo, fecha en que invoque mi libertad, aún no se había calificado el mérito de la instrucción, lo que demuestra a las claras la flagrante violación al debido proceso, al derecho a la libertad, arts. 23, 26, 28 y 29 de la Carta Política, es de observarse respetado señor magistrado, que si una decisión judicial que constituye un agravio a la ritualidad procesal, al principio universal de la presunción de inocencia, al principio de favorabilidad y a la equidad de justicia, no es tutelable, ¿cuáles son los hechos plasmados en nuestra Carta Magna que pueden ameritar los rublos estipulados por la Constitución para tener el sagrado derecho de ser escuchado como sujeto procesal?"

El veinte de septiembre de 1994, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín niega la anterior impugnación, por considerar que había sido presentada en forma extemporánea, y ordena enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión (fl. 69).

4- La actividad probatoria de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional constata que la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín envió el nueve de septiembre un fax a la cárcel de Bellavista a fin de notificar al actor detenido la sentencia de primera instancia (fl. 55), señalándole que tenía tres días para impugnar la decisión. Sin embargo, en ninguna parte del expediente se encuentra constancia de que al detenido le hubiese sido notificada personalmente tal providencia.

La Corte Constitucional considera entonces que era necesario determinar si en este caso se había notificado en debida forma al actor detenido la sentencia de primera instancia y, en caso de que tal notificación hubiese sido efectuada, la fecha de la misma, para poder determinar si la impugnación del fallo del tribunal fue presentada en término o en forma extemporánea. Por todo lo anterior, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, mediante auto del dieciocho de enero del año en curso, oficia a la Cárcel de "Bellavista", oficina de asesoría jurídica, con el fin de que informe si al señor Nicolas de Jesús Carvajal le había sido notificada personalmente la sentencia de primera instancia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín del seis

de septiembre de 1994. En caso de que tal notificación personal hubiese sido efectuada, la Cárcel de Bellavista debería informar a la Corte la fecha de la misma.

En ese mismo momento procesal, el Magistrado Ponente considera que para poder decidir el fondo del asunto era igualmente necesario conocer la providencia por medio de la cual se negó la petición de libertad que el señor Carvajal formuló el 26 de mayo de 1994 por vencimiento de términos. Por ello, y por razones de economía procesal, en ese mismo auto, la Corte oficia a la Fiscalía General de la Nación, Dirección Regional Medellín, con el fin de que remita copias auténticas de la mencionada providencia, con las respectivas constancias de ejecutoria y estado actual del proceso.

La Fiscalía envía en término la información pedida, mientras que no se recibió ninguna información de la Cárcel de Bellavista, por lo cual, por medio de un nuevo auto, esta Sala de Revisión, el tres de febrero de este año, requiere a esa dependencia con el fin de que remita la información solicitada. Frente al incumplimiento de este auto, el catorce de febrero, esta Sala de Revisión decide requerir por última vez a la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín "Bellavista" -oficina de asesoría jurídica o a quien esté encargado de la misma- y al Director de esta misma cárcel, bajo los apremios legales -en especial la causal de mala conducta establecida en el artículo 50 del Decreto No 2067 de 1992- para que en el término de veinticuatro (24) horas remitan la información solicitada.

El quince de febrero, la Corte Constitucional recibe un fax de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín "Bellavista" -oficina de asesoría jurídica en donde informan que el día anterior hicieron comparecer al petente con el fin de notificarle "personal-mente el contenido del fax de I-18-95 y II-3-95 emanado de la Corte Constitucional Santafé de Bogotá, por medio de cual (sic) le resuelve: notificarle: se le negó por improcedente Tutela interpuesta por contra la Fiscalía Regional, de Orden Público División 1a".

II FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para conocer de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 3o. y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

2. La notificación de las sentencias de tutela a los reclusos debe efectuarse en forma personal.

Comienza la Corte Constitucional por analizar si el Tribunal tuvo razón en negar, por considerarla extemporánea, la impugnación del petente.

En los antecedentes de este auto aparece con claridad que la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín envió, el nueve de septiembre, un fax a la cárcel de Bellavista a fin de notificar al actor detenido la sentencia de primera instancia. Igualmente, aparece en el expediente que el escrito de sustentación de la impugnación fu presentado al tribunal el diecinueve de septiembre. Sin embargo, no consta en el expediente que al detenido le hubiese sido notificada personalmente tal providencia, o al menos el contenido del fax del Tribunal.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional considera que no podía el Tribunal negar la impugnación únicamente con base en la fecha de envío del fax (9 de septiembre y la fecha de recepción del escrito en el tribunal (19 de septiembre), puesto que no hay constancia de la fecha de notificación al detenido, ni de que tal notificación se hubiese surtido. En efecto, una cosa es que las autoridades carcelarias hayan conocido de la decisión del tribunal (lo cual ocurrió el 9 de septiembre de 1994) y otra muy diferente que el recluso hubiese sido informado de la misma (de lo cual no hay constancia).

Ahora bien, esta Corporación ha establecido que "la notificación en debida forma constituye el presupuesto fundamental de defensa de los ciudadanos frente a las decisiones de los jueces y constituye además, condición de eficacia de las providencias judiciales, **cuya firmeza y ejecutoriedad depende de la fecha exacta en que ella es conocida por quien debe cumplirla o está en capacidad de impugnarla o controvertirla"** (subrayas no originales)[1].

Además, esta Corporación ha señalado que, de conformidad con el ordenamiento jurídico y en aras de la equidad, a las personas detenidas o condenadas, las providencias judiciales deben serles notificadas personalmente, para que ésta se entienda surtida en debida forma[2].

Es cierto que el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 establece que el fallo de tutela será notificado por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Con ello se ha querido asegurar la agilidad y la informa-

---

1. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Expediente No. T-38831. Auto del 12 de agosto de 1994.

2. Ver Corte Constitucional, Expediente D-570. Auto del tres de mayo de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

lidad del trámite de las tutelas. Pero en el caso de los reclusos en establecimientos carcelarios, esta norma debe ser interpretada de acuerdo a la finalidad misma de la notificación, y en consonancia con las disposiciones que regulan las notificaciones a las personas privadas de la libertad. Así, el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal establece que la notificación de las providencias al sindicado que se encuentre privado de la libertad se debe hacer en forma personal. Y tal exigencia tiene una obvia razón de ser, puesto que la notificación personal es la única manera de que una persona detenida o condenada pueda conocer el contenido de la providencia, mientras que quienes gozan de la libertad pueden ser informados por otros medios más expeditos, ya que tienen la posibilidad de acudir ante el juez para conocer la providencia.

Por todo lo anterior, la Corte Constitucional considera que la notificación de las sentencias de tutela a los reclusos debe ser efectuada de manera personal, con el fin de asegurar que el interno pueda impugnar las decisiones que les sean desfavorables, ya que -como esta Corte ya lo ha establecido- la impugnación del fallo de tutela es un derecho constitucional " reconocido directamente por la Carta a las partes que intervienen dentro del proceso"[3].

Con base en tales criterios, la Corte Constitucional buscó establecer si al petente le había sido notificada personalmente la sentencia de primera instancia del Tribunal, pero -después de dos requerimientos- únicamente recibió de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín " Bellavista" -oficina de asesoría jurídica un fax de extraño contenido. La Cárcel de Bellavista informa que notificaron personalmente al petente los requerimientos de la Corte, cuyo contenido -según la particular interpretación de la autoridad carcelaria- indicaba que tales comunicaciones habían resuelto notificar al interno que se le había negado, por improcedente, la tutela interpuesta contra la Fiscalía Regional de Orden Público División Primera.

La Corte extrae del anterior fax dos conclusiones. En primer término, la Corte constata la negligencia que en este caso ha tenido la oficina de asesoría jurídica de la Cárcel de Bellavista, puesto que no sólo incumplió en dos ocasiones las órdenes de esta Corporación sino que, además, no interpretó correctamente su contenido. En efecto, la Corte en manera alguna estaba ordenando que se notificara al detenido la decisión de primera instancia sino que ofició para que se la informara si tal notificación había sido surtida. Por lo anterior, la Corte, en la parte resolutiva de este auto, procederá a prevenir a la mencionada autoridad para que en el futuro cumplan de manera eficaz e

3. Corte Constitucional. Sentencia T-034/94 del 2 de febrero de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

inmediata los requerimientos de esta Corporación, tal y como, lo ordena el artículo 50 del Decreto 2067 de 1991.

De otro lado, este fax muestra que no hay en el expediente prueba de que se le hubiese notificado personalmente al petente el contenido del fallo de primera instancia, por lo cual la Corte considera contrario a derecho el auto del 27 de septiembre de 1994 que negó, por extemporánea, la impugnación. En efecto, si no hay certeza de la notificación del fallo de su fecha ¿cómo pudo el Tribunal determinar la extemporaneidad de la impugnación? Por consiguiente, la Corte procederá a anular el mencionado auto, puesto que el Tribunal desconoció el derecho constitucional del petente a impugnar los fallos de tutela.

Ahora bien, la presentación del escrito de impugnación por parte del petente demuestra que el actor tuvo en algún momento conocimiento del contenido del fallo de primera instancia. En tales circunstancias, la Corte considera que, por obvias razones de economía procesal, resulta irrazonable ordenar que se realice la notificación, por cuanto ésta debe entenderse surtida, por la conducta concluyente del propio peticionario. Por consiguiente, la decisión lógica que debe ser tomada es ordenar que se remita este expediente de tutela a la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, superior jerárquico del Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, con el fin de que se resuelva la impugnación presentada por el señor Nicolas de Jesús Carvajal E.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero: ANULAR el auto del 27 de septiembre de 1994 que negó, por extemporánea, la impugnación presentada por Nicolas de Jesús Carvajal contra la sentencia de primera instancia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín del seis de septiembre de 1994, mediante la cual se le negó, por improcedente la tutela que esta persona había presentado contra la Fiscalía Regional de Orden Público División.

Segundo: REMITIR, por la Secretaría General de la Corte, el expediente de tutela No. T-49243 a la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil para efectos de que resuelva la impugnación presentada por el señor Nicolas de Jesús Carvajal E.

Tercero: Resuelto el recurso, el presente expediente REGRESARA a la Corte Constitucional para su revisión por esta Sala.

Cuarto: PREVENIR a la Cárcel de Bellavista, y en particular a la oficina de asesoría jurídica para que en el futuro cumplan de manera eficaz e inmediata los requerimientos de la Corte Constitucional, tal y como lo ordena el artículo 50 del Decreto 2067 de 1991.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 010
de febrero 28 de 1995

COMPETENCIA DE TUTELA / JURISDICCION CONSTITUCIONAL

El envío por parte del juez no competente al competente, se refiere al de cualquier lugar del país, pues los procesos de tutela hacen parte de la jurisdicción constitucional. En relación con la categoría del juez a dónde remitir el proceso, se conservará la misma donde fue presentada inicialmente, es decir, si el demandante instauró su acción ante un juez civil municipal, el juez enviará ante el civil municipal del lugar donde ocurrió presuntamente la vulneración.

COMPETENCIA DE TUTELA - Procedimiento en caso de incompetencia

El procedimiento acertado por parte del juez que estime que no es competente para tramitar la acción de tutela, es enviar la demanda y sus anexos al que considere competente, de cualquier lugar del país, respetando la jerarquía del juzgado donde se presentó inicialmente y poniendo en conocimiento del actor sobre tal hecho.

TUTELA INTERPUESTA ANTE CORPORACIONES JUDICIALES NACIONALES - Devolución de la demanda / **ACCION DE TUTELA**- Aplicación de normas de C.P.C.

En los casos de instaurarse directamente la tutela ante las corporaciones mencionadas, lo procedente es la devolución de la demanda y sus anexos al interesado, dejándolo en libertad de presentar su acción ante cualquiera de los jueces o tribunales del lugar donde ocurrió la vulneración. No sobra advertir que todas las remisiones al proceso ordinario, en lo no previsto en el proceso de tutela, obedecen precisamente a que en esta acción se debe respetar el debido proceso, pues de lo contrario se vulneraría un derecho fundamental.

Ref: Proceso T- 49.787.

A-010/95

Demandante: Luis Alberto Martínez Castaño contra Juzgado Promiscuo Municipal de San Francisco, Antioquia.

Procedencia: Tribunal Superior de Medellín

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Aprobado en sesión de la Sala Primera de Revisión, celebrada en la ciudad de Santafé de Bogotá, a los veintiocho (28) días del mes de febrero 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 Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por Luis Alberto Martínez Castaño.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección Número Once de la Corte, el 4 de noviembre de 1994, eligió, para su revisión, el expediente de la referencia y resolvió que se acumulará con el T- 49.928 "si a bien lo considera la Sala de Revisión correspondiente."

Una vez estudiados los expedientes, la Sala de Revisión estimó la necesidad de desacumular los procesos, pues si bien los asuntos se relacionan con el tema de la competencia del juez de tutela, en un caso, la providencia a revisar corresponde a un auto, y, en el segundo, a una sentencia. Por consiguiente, la Sala proferirá dos providencias independientes, aunque basadas en las mismas consideraciones.

I. ANTECEDENTES

Hechos

En la presente providencia sólo se hará un sucinto relato de los hechos, pues el asunto a estudiar se relaciona con la competencia por parte del juez de tutela.

El actor, actualmente recluído en el establecimiento carcelario Bellavista, de Medellín, presentó, ante el Juzgado Civil del Circuito de Medellín, demanda de tutela contra el Juzgado Promiscuo Municipal de San Francisco, Antioquia. El actor consideró que tal Juzgado le había violado su derecho fundamental al debido proceso, al no permitirle recobrar la libertad que le había otorgado un juez regional, después de 37 meses de reclusión, con ocasión de

la sindicación del delito de secuestro. El Juzgado demandado, en su opinión violó sus derechos, al revocar el beneficio de ejecución condicional de una pena que tal Juzgado le había impuesto el 21 de diciembre de 1988, por el delito de lesiones personales.

El Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín conoció esta demanda, y mediante sentencia del 19 de diciembre de 1994, denegó la tutela. Esta decisión fue impugnada por el demandante.

El Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 27 de septiembre de 1994, declaró la nulidad de lo actuado por el Juez 23 Penal del Circuito, a partir del auto que admitió la demanda de tutela, por carecer el *a quo* de competencia. En consecuencia, ordenó devolver al actor toda la documentación para que escoja entre los jueces competentes, dónde iniciar su acción.

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.-La materia.

En el caso objeto de este análisis, el juez de segunda instancia decidió que **la falta de competencia** del de primera para tramitar la tutela ante él interpuesta, la hacía improcedente. El Tribunal, mediante auto, declaró la nulidad de lo actuado por el *a quo*, y dejó en libertad al actor para presentar su demanda ante cualquiera de los jueces donde ocurrieron los hechos.

De acuerdo con lo anterior, los temas objeto de análisis son:

a) Exequibilidad del artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

b) El juez que se considere incompetente, ¿debe remitir la demanda al juez que tiene la competencia o devolver los documentos al interesado?

c) El procedimiento a seguir por parte del juez de segunda instancia cuando observe la falta de competencia del de primera.

Veamos cada uno de estos temas.

a) Exequibilidad del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

El artículo 37, en lo pertinente, dice:

"Artículo 37. *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 amenaza** que motivaren la presentación de la solicitud." (se resalta).

La Corte Constitucional, en sentencia C-054, de 18 de febrero de 1993, declaró exequible el artículo 37, en lo que hace referencia a que el conocimiento de las acciones de tutela corresponde al juez del lugar donde se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental. La declaración de exequibilidad se hizo sin reserva ninguna, y después de examinar el contenido de la norma acusada.

En el presente expediente, se observa que, efectivamente, la demanda de tutela se presentó en lugar diferente a donde ocurrieron los hechos que presuntamente constituyen la violación o amenaza de derechos fundamentales, pues, la acción se dirigió contra el Juzgado Promiscuo Municipal de San Francisco, departamento de Antioquia, y la tutela fue presentada en la ciudad de Medellín.

Por consiguiente, el *ad quem* acertó en señalar la falta de competencia del juez de primera instancia.

Esto nos lleva a los siguientes puntos.

b) El juez que se considere incompetente, ¿debe remitir la demanda al juez que tiene la competencia o devolver los documentos al interesado?

En primer lugar, la Sala advierte que son situaciones distintas, en relación con la competencia, en las que se puede encontrar el juez de primera o de segunda instancia.

En la primera hipótesis, si el juez de primera instancia, no es el competente, por no corresponder al del lugar donde ocurriere la vulneración de los derechos fundamentales, la Sala considera que el procedimiento a seguir es **enviar la demanda y sus anexos al juez competente**. Obviamente, previa notificación al interesado de que hará tal envío, pues si no se violaría el debido proceso al actor, quien carecería de las oportunidades procesales para actuar.

¿Cuál es la base legal de este envío al juez competente?

En primer lugar, si bien el artículo 37 mencionado no hace referencia expresa a esta clase de situaciones, la Constitución y el Decreto 2591 estipulan la informalidad de la que está revestida la tutela. Señalan que no se requiere

actuar a través de apoderado, por lo cual no se podría exigir un conocimiento exacto de cuáles son los factores de competencia. Además, el propio artículo 10 del decreto establece que la tutela puede presentarse en forma verbal, y que ni siquiera es necesario citar la norma constitucional infringida, siempre y cuando el juez pueda determinarla.

Entonces, si la propia base de la tutela, es decir, determinar la norma constitucional infringida y por ende el derecho fundamental a proteger, puede ser deducida por el juez y continuar con el proceso de tutela, con mayor razón el juez puede enviar la demanda y sus anexos al competente, pues en últimas, lo que se pretende es la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Además, esta actividad no es extraña al proceso ordinario, en materia civil. El artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1o., numeral 37, en lo pertinente, dice:

"**Inadmisibilidad y rechazo de plano de la demanda.** El juez declarará inadmisible la demanda:

"...

"Si el rechazo se debe a falta de competencia, **el juez la enviará con sus anexos al que considere competente** dentro de la misma jurisdicción . . ." (se resalta)

A lo anterior hay que agregar que el envío por parte del juez no competente al competente, se refiere al de cualquier lugar del país, pues los procesos de tutela hacen parte de la jurisdicción constitucional. Sobre este punto, vale recordar lo dicho por la Sala Plena de esta Corte Constitucional, en auto número 16 de 1o. de septiembre de 1994, "Ello, en sentir de la Sala, significa que en esta materia [asuntos de tutela], todos los jueces, como eventuales inferiores jerárquicos de la Corte Constitucional, también hacen parte de la jurisdicción constitucional orgánica y funcionalmente."; y que en relación con la categoría del juez a donde remitir el proceso, se conservará la misma donde fue presentada inicialmente, es decir, si el demandante instauró su acción ante un juez civil municipal, el juez enviará ante el civil municipal del lugar donde ocurrió presuntamente la vulneración.

No sobra advertir, que la Corte ha revisado algunas sentencias en las que ha existido el envío por parte del juez no competente al competente, y aunque se ha referido al tema sólo en forma tangencial, no ha objetado este procedimiento. Sin embargo, en algunas providencias no ha objetado la devolución de documentos al interesado. Veamos algunas sentencias que se han pronunciado sobre el tema.

- La sentencia T-591, de 4 de diciembre de 1992, dice en lo pertinente:

"Debida Interpretación del Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

"Aunque según la Carta, todos los jueces tienen jurisdicción para conocer sobre acciones de tutela, el legislador -que en esta materia lo fue el Ejecutivo, en desarrollo de las facultades conferidas por el artículo transitorio 5 de la Constitución, a través del Decreto 2591 de 1991- ha identificado los criterios con arreglo a los cuales se define la competencia para fallar acerca de aquellas en casos específicos.

" Cuando el artículo 86 de la Carta dispone que los jueces, en todo momento y lugar están llamados a conocer de esta acción, entiende la Corte que ha sido la ley, vale decir el Decreto ibídem, la que ha señalado el sentido que debe darse al mencionado precepto, especialmente al establecer el ámbito estricto que debe reconocer y respetar todo juez de la República para admitir, tramitar y fallar solicitudes de tutela.

" Es así como el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 señala como competente para conocer de la acción de tutela, en primera instancia 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 el presente asunto, encuentra la Corte Constitucional que la acción está encaminada a la protección de unos derechos fundamentales que a juicio del peticionario, fueron vulnerados o amenazados por una presunta omisión del Consejo de Estado, cuya sede natural es la ciudad de Santafé de Bogotá.

" Considera esta Corporación conforme a lo dispuesto en la norma citada, que se debe presentar la demanda de tutela "en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivaren la presentación de la solicitud", es decir, en la ciudad de Bogotá, pues fue allí donde se expidió el acto administrativo que aplazó el nombramiento del funcionario en propiedad, y no como consideró erróneamente el actor, donde tiene su domicilio y ejercía sus funciones como Magistrado del Tribunal Administrativo de Norte de Santander al momento de la expedición del citado acto.

" Por lo anterior, se debe concluir que la competencia territorial para conocer en primera instancia de la solicitud formulada por el peticionario radicaba en un juez o tribunal con jurisdicción en la ciudad de Bogotá, pues fue allí donde se produjo el acto u omisión que se pretende tutelar. " (Magistrado ponente Jaime Sanín Greiffenstein)

- La sentencia T- 162, de 26 de abril de 1993 dice, en lo pertinente:

" De acuerdo con los antecedentes que dieron origen a la acción de tutela se puede establecer que los hechos generadores tuvieron ocasión en la ciudad capital, Santafé de Bogotá, D.C., donde el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca no tiene competencia territorial.

" Precisamente en el fallo que resolvió sobre las pretensiones del accionante, el Magistrado doctor Julio Gilberto Lancheros Lancheros presentó salvamento de voto por considerar que el Tribunal del que hace parte no era el competente para conocer de fondo sobre la solicitud de tutela, por carecer de competencia conforme al Decreto 2591 de 1991 artículo 37 (folios 167 a 170 del expediente de tutela), donde además expuso:

".... 3o. Esta Corporación, en Sala de Decisión en la que ha sido ponente el suscrito Magistrado, en casos similares al presente, por idénticos motivos, ha ordenado que sean remitidos a otra Colegiatura, habida consideración de que, según lo estatuído en el Decreto 2270 de octubre 7 de 1989, el Tribunal de Cundinamarca no obstante tener su sede en ésta ciudad capital, carece de jurisdicción en la misma ....".

" Argumentos que son de total recibo para esta Sala de Revisión, pues aunque la acción de tutela está revestida de una alta dosis de informalidad, no es posible tampoco desatender el mandato legal que fija la competencia de la autoridad que vaya a decidir la acción, ya que esta facultad no es de naturaleza omnímoda, sino que se encuentra precisamente delimitada en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991." (Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz)

En conclusión, por las razones jurídicas anotadas y por las sentencias transcritas, el **procedimiento acertado** por parte del juez que estime que no es competente para tramitar la acción de tutela, es enviar la demanda y sus anexos al que considere competente, de cualquier lugar del país, respetando la jerarquía del juzgado donde se presentó inicialmente y poniendo en conocimiento del actor sobre tal hecho.

c) El procedimiento a seguir por parte del juez de segunda instancia cuando observe la falta de competencia del de primera.

Pero si es el juez de segunda instancia el que observa la carencia de competencia del de primera, la situación es diferente, pues se estará ante una de las nulidades procesales de que trata el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, nulidad que puede ser saneada, excepto cuando se trate de falta de competencia funcional, asunto que se tratará más adelante.

De acuerdo con el artículo 145, del Código citado, "En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nuli-

dades insanables que observe. **Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla? en conocimiento de la parte afectada** por auto que se notificará como se indica en los numerales 1o. y 2o. 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." (se resalta).

Es decir, este procedimiento, poner en conocimiento la falta de competencia, es el que debe seguir el *ad quem* cuando advierta que está en presencia de una nulidad, bien sea carencia de competencia, falta de notificación, etc. Además, es la forma como la Corte Constitucional ha procedido en casos semejantes, al advertir que en las sentencias objeto de revisión, se presenta alguna de las nulidades procesales, especialmente cuando no se ha realizado la notificación a la parte contra quien se presentó la tutela. Ejemplos de ello son los autos de 15 de junio de 1994, en el expediente T- 31.880; el de 29 de noviembre de 1994, en el expediente T- 43.958, etc.

Diferente es la situación de la acción de tutela presentada directamente ante la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, pues, en estos eventos, la correspondiente demanda y sus anexos se **devuelven directamente al interesado** sin ser posible la remisión, por tres razones principales:

1o. Como en innumerables ocasiones se ha señalado, los mencionados órganos no pueden conocer de la acción de tutela directamente, pues se rompe la posibilidad de la segunda instancia. Posibilidad que está prevista en la propia Constitución, en la norma que estableció la tutela, artículo 86, inciso 2o.

2o. Se está en presencia de falta de competencia funcional, la cual, a la luz de lo dispuesto en las normas procesales, no es sanable.

Algunos tratadistas explican este factor así:

"El *funcional* se deriva de la clase especial de funciones que desempeña un juez en un proceso; según la instancia o la casación y revisión, y su conocimiento se halla distribuido entre varios jueces de distinta categoría. Así, tenemos jueces de primera y segunda instancia, y competencia especial para los recursos de casación y revisión . . . El juez de primera instancia es "*a quo*" o hasta cierto momento; el de segunda "*ad quem*" o desde cierto momento en adelante (desde cuando finaliza la primera instancia). Este factor corresponde a un criterio de distribución vertical de competencia." (Compendio de Derecho Procesal, Hernando Dévis Echandía, Tomo I, Teoría General del Proceso, segunda edición, 1972, página 109)

3o. Las altas corporaciones al estar **todas excluídas** del conocimiento de las tutelas presentadas directamente ante ellas, no podrían determinar ante cuál juez o tribunal quiere el interesado presentar su acción, y no les corresponde atribuirse tal decisión, la cual sólo compete al demandante.

Por lo anterior, en los casos de instaurarse directamente la tutela ante las corporaciones mencionadas, lo procedente es la devolución de la demanda y sus anexos al interesado, dejándolo en libertad de presentar su acción ante cualquiera de los jueces o tribunales del lugar donde ocurrió la vulneración.

No sobra advertir que todas las remisiones al proceso ordinario, en lo no previsto en el proceso de tutela, obedecen precisamente a que en esta acción se debe respetar el debido proceso, pues de lo contrario se vulneraría un derecho fundamental.

Tercera.-Conclusiones en relación con la competencia.

De conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia, se pueden tener como conclusiones las siguientes:

- El artículo 37 del decreto 2591 de 1991, en cuanto la competencia del juez donde ocurrió la vulneración o amenaza del derecho fundamental, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia No. 54 de 1993.

- El juez que estime que no es competente para conocer de la acción de tutela, debe enviar la demanda y sus anexos al que considere competente, de cualquier lugar del país, respetando la jerarquía del juzgado donde se presentó inicialmente, e informando de ello al demandante.

- Si es el juez de segunda instancia el que observa la falta de competencia del de primera, debe proceder de conformidad con lo establecido por el procedimiento civil para procurar sanear la nulidad.

- Si la acción de tutela se presenta directamente ante la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado o Consejo Superior de la Judicatura, la correspondiente demanda y sus anexos se devuelven directamente al interesado, por las razones expuestas en esta providencia.

Cuarta.-El caso concreto.

En el presente caso, el *ad quem* declaró la nulidad de lo actuado por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín, desde el auto que admitió la demanda de tutela, devolviéndole toda la documentación al interesado, para

que "escoja el Juez entre los radicados en los municipios del Circuito de El Santuario, o de las Salas del Tribunal de Antioquia, con sede en esta ciudad de Medellín."

Sin embargo, la Sala considera que la falta de competencia al parecer fue **saneada** durante el proceso de primera instancia por parte del juzgado en contra del cual estaba dirigida. Veamos.

El juzgado de Medellín solicitó al Juez Promiscuo Municipal de San Francisco, Antioquia, la información jurídica del actor, mediante oficio de 6 de septiembre de 1994. En dicho oficio no se menciona que la acción haya sido dirigida contra ese Juzgado. Sin embargo, en su respuesta, el Juez Promiscuo hace referencia a la solicitud telefónica para remitir lo pedido. Es decir, no se puede saber si conocía que la tutela era en su contra. Pero el Juzgado sí fue notificado de que la sentencia de tutela resultó improcedente. Y esta hubiera sido su oportunidad para señalar la incompetencia del juez de Medellín.

No obstante lo anterior, como para el momento de esta revisión por parte de la Corte, no es posible conocer si el actor presentó una nueva tutela, **sólo** para no entorpecer tal posible proceso, que pudo ya haber terminado, esta Sala confirmará lo dispuesto por el Tribunal Superior de Medellín, en cuanto a la libertad del actor en presentar una nueva tutela.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: Sólo por las razones expuestas en este auto, y únicamente en cuanto a dejar en libertad al interesado de presentar una nueva tutela, CONFIRMASE la providencia de fecha 27 de septiembre de 1994, del Tribunal Superior de Medellín, en la cual es demandante el señor Luis Alberto Martínez Castaño.

Segundo: COMUNIQUESE el presente auto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991. También envíese copia de esta providencia al Tribunal Superior de Medellín.

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

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD 1995

(Febrero)

SENTENCIA No. C-026
de febrero 2 de 1995

PENA - Finalidad

La pena, en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas. Por ello, se ha consagrado no sólo para castigar al sujeto activo del delito, para procurar su readaptación, sino también para prevenir las conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia. Es así como el Código Penal, en su artículo 12, señala que "La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora."

PENA - Clasificación

De acuerdo con el Código Penal, las penas se clasifican en principales y accesorias. Las principales son aquéllas que se imponen en forma autónoma, como consecuencia del hecho punible, en tanto que las accesorias complementan a las primeras y adhieren a ellas. Entre las principales están: la de prisión, arresto y multa; y entre las accesorias: la prohibición temporal de consumir bebidas alcohólicas, la prohibición de ejercer una profesión, arte u oficio, la interdicción de derechos y funciones públicas, la suspensión de la patria potestad, la restricción domiciliaria, la pérdida de empleo público u oficial y la expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

PROHIBICION DE BEBIDAS ALCOHOLICAS

En el precepto no se penaliza el consumo de bebidas embriagantes, sino la comisión efectiva de una acción delictual que acarrea una pena principal y una accesoria, y mediante la conjunción de ambas busca el legislador disuadir al transgresor de que cometa, en el futuro, actos ilícitos como ése por el que se le sanciona. No se está, pues, en presencia de una norma inspirada en la doctrina peligrosista, que la Corte ha repudiado. No se sanciona por lo

que muy posiblemente se hará sino por lo que ya, efectivamente, se hizo. En conclusión, la pena accesoria consagrada en la norma demandada, no vulnera norma constitucional alguna pues, como se ha reiterado, en ella no se castiga a la persona por encontrarse en estado de embriaguez sino por haber cometido un delito bajo el influjo del alcohol, y si se ha demostrado que este hecho fue determinante para su realización, mal puede aducirse la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, recuérdese que es función privativa del legislador determinar las penas a que se hacen acreedores quienes incurran en conductas ilícitas, siempre y cuando dentro de ellas no se incluyan las prohibidas taxativamente en la Carta, como son: destierro, prisión perpetua y confiscación, ni sean claramente desproporcionadas con la magnitud de la infracción.

Ref. : Expediente No. D-653

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 44 parcial, y 59 del decreto-ley 100 de 1980.

Actor: Alexandre Sochandamandou

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Acta No. 03

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alexandre Sochandamandou, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte que declare inexequibles un aparte del artículo 44 y el artículo 59 del Decreto-Ley 100 de 1980.

Cumplidos los trámites estatuídos para procesos de esta índole, procede la Corte a decidir.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS.

A continuación se transcriben las disposiciones objeto de acusación:

DECRETO 100 DE 1980

"Artículo 44. **Duración de la pena**. La duración máxima de la pena es la siguiente:

- Prisión, hasta sesenta (60) años.

- Arresto, hasta cinco (5) años.

- Restricción domiciliaria, hasta cinco (5) años.

- Interdicción de derechos y funciones públicas, hasta diez (10) años.

- Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, hasta cinco (5) años?

- Suspensión de la patria potestad, hasta quince (15) años".

(Lo subrayado es lo demandado)

"Artículo 59. **Prohibicion relacionada con las bebidas alcoholicas**. Cuando uno de los factores del delito haya sido el consumo de bebidas alcohólicas, el juez impondrá como pena accesoria y por término hasta de tres años, la prohibición de consumir tales bebidas".

III. LA DEMANDA

Manifiesta el actor que la parte acusada del artículo 44 del Código Penal, quebranta los artículos 12, 28 y 34 de la Constitución Nacional, porque imponer una pena de prisión de sesenta años, en un país como Colombia, en el que "el promedio general de vida es de sesenta y ocho 68 años", además de ser inhumana, se convierte en "pena imprescriptible o cadena perpetua". Por tanto, "ninguna persona debe poder (sic) ser condenada a pena privativa de su libertad, por tiempo que exceda o sea igual al promedio general de vida de los colombianos".

En relación con el artículo 59 del Decreto 100 de 1980, dice el demandante que desconoce los artículos 1, 5 y 16 de la Carta Política, porque "el alcoholismo, al igual que la drogadicción, es una enfermedad psicofisiológica a la cual una persona no puede sustraerse por el simple mandato legal."

Por otra parte, señala que como las personas gozan de plena libertad para "elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras", la norma demandada "atenta contra la dignidad y autonomía de la persona y con su capacidad plena para decidir (bien o mal) su propio destino y sus propios actos en los asuntos que a ella atañen".

Finalmente, agrega que "La ley no puede penalizar a la persona que haya delinquido bajo los efectos del alcohol con la prohibición de consumir la sustancia de su adicción, por la mera posibilidad de que ésta pueda inducirlo a cometer nuevos delitos. La ley solamente puede penalizar los delitos que efectivamente se cometan, agravando la pena, como en efecto lo hace, cuando se trata de reincidentes".

IV. DEFENSA

Dentro del término de fijación en lista, el doctor Nestor Humberto Martínez, en su calidad de Ministro de Justicia y del Derecho, presentó un escrito con el propósito de defender la constitucionalidad de las normas demandadas.

En lo que respecta al artículo 44 del Código Penal, señala que no obstante que dicho precepto fue declarado exequible por esta Corporación, no sobra hacer algunos comentarios para abundar en su constitucionalidad, para lo cual transcribe apartes de distintas sentencias proferidas por la Corte que tocan el tema, para concluir que la potestad punitiva a cargo del funcionario judicial que la ejerce al imponer la pena, "ha de iniciarse en el mínimo previsto y a partir de él dosificar el quántum de la pena atendiendo las circunstancias en que se haya cometido el hecho, como consecuencia debe producirse una sanción efectiva, proporcional y equivalente a la comisión del delito, de manera que el máximo previsto por el legislador no constituye otra cosa que un límite a esa potestad sancionatoria. Así se cumplen las funciones constitucionales de prevención general, prevención especial y protección de la pena".

En tal virtud, concluye que la norma acusada no desconoce los principios consagrados en los artículos 12, 28 y 34 de la Constitución Nacional, pues no constituye trato cruel, ni degradante, además de que respeta el principio de la legalidad en la medida en que para aplicar la sanción le señala pautas al funcionario, quien debe tener en cuenta disposiciones legales previamente establecidas en la ley.

Sobre el artículo 59 del Decreto 100 de 1980, expresa que "la sanción consistente en prohibir el consumo de bebidas alcohólicas, cuando ello haya sido factor determinante del delito, resulta acorde con las disposiciones constitucionales en cuanto atiende el principio de prevalencia del interés general sobre el particular, así como la limitación al libre desarrollo de la personalidad, y la protección de los miembros de la colectividad, a través de la prevención de una nueva conducta punible que atenta contra los diversos bienes jurídicos que se pretenden tutelar".

El alcoholismo, como factor determinante en la comisión de hechos punibles, ha contribuído a incrementar los índices de criminalidad, y es a este tipo de conductas a las que apunta la norma acusada, en cuanto se manifiestan como atentatorias de los derechos ajenos, pues "según estadísticas de la Policía Nacional, el índice de homicidios culposos ha aumentado en razón de un 11 por ciento anual; y sobre el total de homicidios, un porcentaje cercano al 15 por ciento, corresponde a accidentes de tránsito. En estas preocupantes cifras, la embriaguez ha sido causa generadora de gran entidad."

De otro lado, sostiene que la norma demandada no pretende "proscribir el consumo de bebidas embriagantes, que en sí mismo considerado constituye respeto al libre desarrollo de la personalidad y es un hecho facultativo de la persona. Ello no indica que resulte imposible establecer limitaciones - que dicho sea de paso están consagradas en la propia Carta-, que prevengan la comisión de hechos punibles y garanticen la convivencia pacífica en sociedad". Así pues, al expedirse el artículo 59 del Código Penal, no se excedieron los límites de la potestad sancionatoria del Estado "en cuanto que como sanción, se está atendiendo a sus funciones".

V. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación rindió concepto mediante el oficio No. 500 del 13 de septiembre de 1994, el que concluye solicitando a la Corte que esté a lo resuelto en la sentencia C-565 de 1993, en virtud de la cual se declaró exequible el artículo 28 de la ley 40 de 1993, que modificó el artículo 44 de la ley 100 de 1980, pues se ha operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional; y en cuanto atañe al artículo 59, objeto de demanda, pide que se declare exequible con base en los siguientes argumentos:

Como los cargos que el actor formula son los mismos que esgrimió al impugnar la sanción contravencional del porte y consumo de la dosis personal de marihuana y sustancias análogas, es interesante "constatar cómo los argumentos contra la tesis del impugnante surgen con claridad meridiana de la sentencia misma de la despenalización. En efecto, en dicha sentencia se distingue entre conductas socialmente interferidas y conductas autoreferenciales, así que se entiende a estas últimas como constitutivas del ámbito puramente privado de la moral y a las primeras como las únicas relevantes para el derecho".

En principio, el consumo del alcohol, configura una conducta autoreferencial y jurídicamente irrelevante, pero "en la medida en que el consumo de alcohol, pero sobre todo la embriaguez que de él resulta se convierte en parte integrante de la estructura motivacional de actos delincuenciales, cabe entender que dicho consumo por el impacto mediato que produce sobre los derechos de otras personas, se torna jurídicamente relevante y en cuanto tal, susceptible de sanción penal".

Así, concluye el jefe del Ministerio Público que la pena subsidiaria que se consagra en la disposición acusada, a pesar de tener una función preventiva, "la verdad es que la misma se impone en razón del ilícito cometido y no en gracia de los posibles ilícitos por cometer, es falso pues en tal sentido que la misma constituye un engendro peligrosista".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a.- Competencia

Esta Corporación es tribunal competente para decidir sobre la constitucionalidad de las normas acusadas, según lo dispuesto en el artículo 241 numeral 4o. de la Constitución Nacional.

b.- Cosa Juzgada

El artículo 44 del Decreto ley 100 de 1980, materia de acusación parcial, fue modificado por el artículo 28 de la Ley 40 de 1993, precepto éste sobre el cual la Corte ya emitió pronunciamiento, como consta en la sentencia No. C-565 de 1993, en la que resolvió declararlo exequible. En consecuencia, se ha presentado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional y, por tanto, sólo resta ordenar que se esté a lo resuelto.

c.- El artículo 59 del Decreto 100 de 1980

El artículo 1o. de nuestra Carta Política consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, democrática, participativa y pluralista, fundada básicamente en el respeto de la dignidad humana y en la prevalencia del interés general sobre el particular.

Y, en el artículo 2o. al señalar los fines esenciales del Estado contempla, entre otros, el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador tiene la facultad de tipificar todas aquellas conductas que, de acuerdo con una política criminal preestablecida, considere nocivas y señala la correspondiente sanción a que se hacen acreedores quienes en ellas incurran.

La pena, en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas. Por ello, se ha consagrado no sólo para castigar al sujeto activo del delito, para procurar su readaptación, sino también para prevenir las conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia. Es así como el Código Penal, en su artículo 12, señala que "La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora."

De acuerdo con el Código Penal, las penas se clasifican en principales y accesorias. Las principales son aquéllas que se imponen en forma autónoma, como consecuencia del hecho punible, en tanto que las accesorias complementan a las primeras y adhieren a ellas. Entre las principales están: la de prisión, arresto y multa; y entre las accesorias: la prohibición temporal de consumir bebidas alcohólicas, la prohibición de ejercer una profesión, arte u oficio, la interdicción de derechos y funciones públicas, la suspensión de la patria potestad, la restricción domiciliaria, la pérdida de empleo público u oficial y la expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

En nuestro ordenamiento no se establece una pena fija para cada delito, sino que se deja al juez cierta discrecionalidad en su determinación, dentro de un mínimo y un máximo previamente establecidos en la ley. Tal potestad no es arbitraria, pues el juez debe sujetarse a ciertos criterios señalados por el legislador, tales como: la gravedad del delito, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación punitiva y la personalidad del agente, de conformidad con lo prescrito por el artículo 61 del Código Penal.

Analizadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el hecho punible, las modalidades del delito, los daños ocasionados, etc, el juez procede a determinar la responsabilidad del agente y establece si se trata de un inimputable o de una persona que puede ser sujeto de punibilidad. En este último caso, fija la pena, dentro de las estatuídas en la ley, la cual debe ser proporcionada a la gravedad del delito cometido.

Al determinar la responsabilidad, el juez analiza si el sujeto se encontraba en estado de ebriedad al momento de perpetrar el ilícito, la clase de embriaguez -patológica, voluntaria, preordenada, plena, semiplena, completa, etc-, y de ello depende la cuantificación, para efectos de la punibilidad, la que ha de ser mayor si la embriaguez fue preordenada.

A tal efecto, el legislador consagró en el artículo 59 del Código Penal, ahora demandado, como pena accesoria, la prohibición de consumir, por un tiempo que no puede exceder de tres años, bebidas embriagantes, cuando dicho consumo haya sido uno de los motivos determinantes en la comisión del delito. Es decir, se establece que cuando un sujeto incurra en una conducta socialmente reprochable a través de la cual se vulneren bienes jurídicamente protegidos, y una de las causas determinantes de la misma haya sido el influjo del alcohol, el juez estará en la posibilidad de, examinadas las circunstancias a las que se ha hecho alusión, aplicar, a más de la pena principal, la accesoria, consistente en prohibir el consumo temporal de tales bebidas.

No otra cosa se desprende de la norma acusada cuando señala que sólo se aplicará la pena accesoria aquí analizada, "Cuando uno de los factores del delito haya sido el consumo de bebidas alcohólicas". Así, al sujeto no se le

sanciona, como equivocadamente lo sostiene el demandante, por el hecho de encontrarse embriagado, sino que se le castiga porque ha incurrido en una figura delictiva previamente establecida en una norma jurídica, como producto del estado de ebriedad. En consecuencia, la embriaguez se convierte en factor determinante para cuantificar la pena, ya sea para agravarla o para atenuarla y no es, entonces, causal autónoma para imponerla.

La medida accesoria aquí analizada es perfectamente admisible dentro de cualquier sistema penal, pues si es legítimo privar de un bien de tan alta jerarquía axiológica como la libertad, a quien ha delinquido, con mayor razón lo es prohibirle la ingestión de ciertas bebidas cuyo efecto nocivo, en su caso, está establecido de manera cierta. Tal prohibición viene a reforzar eficazmente el propósito preventivo y disuasivo de la pena principal.

En lo que respecta al cargo formulado por el actor, según el cual la norma demandada desconoce el derecho fundamental de la libre autodeterminación, en la medida en que penaliza el consumo de bebidas embriagantes, juzga la Corte necesario insistir en que en dicho precepto no se penaliza el consumo de bebidas embriagantes, sino la comisión efectiva de una acción delictual que acarrea una pena principal y una accesoria, y mediante la conjunción de ambas busca el legislador disuadir al transgresor de que cometa, en el futuro, actos ilícitos como ése por el que se le sanciona. No se está, pues, en presencia de una norma inspirada en la doctrina peligrosista, que la Corte ha repudiado. No se sanciona por lo que muy posiblemente se hará sino por lo que ya, efectivamente, se hizo.

LLama la atención de la Corte que el accionante no haya leído con detenimiento la sentencia C-221 de 1994, proferida por esta Corporación dentro del proceso D-429 en el que actuó como demandante, que trata del porte y consumo de la dosis personal de estupefacientes, pues allí se dilucidó el punto en que fundamenta ahora su demanda.

Es claro que en dicha oportunidad la Corte no aceptó la penalización del porte y consumo personal de estupefacientes, debido a que ello implicaría la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como tampoco lo acepta en tratándose de la ingestión de bebidas alcohólicas "..... porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamene sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Con razón ha dicho Thomas Szasz, crítico agudo de lo que pudiéramos llamar el totalitarismo psiquiátrico: 'En una sociedad

de hombres libres, cada uno debe ser responsable de sus actos y sancionado como tal. Si el drogadicto comete un crimen, debe ser castigado por ese crimen, no por ser drogadicto. Si el cleptómano roba, si el pirómano incendia, si el regicida asesina, todos deben caer bajo el peso de la Ley y ser castigados.' (Entrevista concedida a Guy Sorman, en "Los verdaderos pensadores de nuestro tiempo", Seix Barral, 1992)."

En conclusión, la pena accesoria consagrada en la norma demandada, no vulnera norma constitucional alguna pues, como se ha reiterado, en ella no se castiga a la persona por encontrarse en estado de embriaguez sino por haber cometido un delito bajo el influjo del alcohol, y si se ha demostrado que este hecho fue determinante para su realización, mal puede aducirse la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, recuérdese que es función privativa del legislador determinar las penas a que se hacen acreedores quienes incurran en conductas ilícitas, siempre y cuando dentro de ellas no se incluyan las prohibidas taxativamente en la Carta, como son: destierro, prisión perpetua y confiscación (artículo 34), ni sean claramente desproporcionadas con la magnitud de la infracción.

Finalmente, es conveniente aclarar al demandante, que el libre desarrollo de la personalidad, tal como lo consagra el artículo 16 Superior, no es absoluto, pues este puede ser limitado para que se respeten "los derechos de los demás y el orden jurídico", siempre que las normas limitantes no resulten violatorias de la Constitución.

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

RESUELVE:

Primero. Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-565 de 7 de diciembre de 1993, mediante la cual se declaró exequible el artículo 28 de la Ley 40 de 1993, que modificó el artículo 44 del Decreto 100 de 1980.

Segundo. Declarar exequible el artículo 59 del Decreto 100 de 1980.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
- Aclaración de voto -

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
- Aclaración de voto -

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado
- Aclaración de voto -

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado
- Aclaración de voto -

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-026
de febrero 02 de 1995

PROHIBICION DE BEBIDAS ALCOHOLICAS (Aclaración de voto)

El legislador goza de plena competencia, a la luz de la Constitución Política, para establecer los tipos penales y para señalar las circunstancias agravantes que impliquen aumento en el cómputo de la pena principal o aplicación de penas o medidas accesorias. En el caso específico de la ingestión de bebidas alcohólicas bajo cuyo influjo se cometen delitos -que es el asunto del que se ocupan las disposiciones examinadas-, la Ley puede imponer la sanción accesoria consistente en la prohibición de consumir tales bebidas por un término hasta de tres años, no solamente por la consideración de que, como se dice en la Sentencia, ya se cometió efectivamente el hecho punible, sino por cuanto la sociedad tiene derecho a que el individuo que delinquió, merced al pernicioso efecto que en su personalidad causó la bebida, sea obligado por la autoridad pública -que tiene a cargo la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, derechos y creencias, así como las funciones de asegurar la convivencia pacífica y el cumplimiento de los deberes de los particulares (Artículo 2º C.P.)- a una abstención forzada, cuando menos temporal, para prevenir nuevas conductas delictivas y hacer así efectiva la defensa del conglomerado.

FACULTAD LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL (Aclaración de voto)

El legislador selecciona aquellas conductas que, según su apreciación -en ello radica la autoridad que se le otorga- afectan de manera grave a la comunidad y merecen ser sancionadas. No hay un catálogo de delitos previamente diseñado, al cual se acoja la ley. Esta concibe y estructura el tipo delictivo, elabora la previsión abstracta de la conducta que busca reprimir y señala la pena. La evaluación y medida de los componentes del tipo es de su competencia, por lo cual, si nos acogemos al esquema de separación de las funciones esenciales de cada Rama del Poder Público (Artículo 113 C.P.), ninguna otra autoridad puede indicarle cuáles hechos le es dado consagrar

como delictivos y cuáles no, o cuál es la medida de las penas, a no ser que, de manera objetiva y clara, con la norma penal se vulnere un mandato de la Constitución -como cuando se consagran penas en ella prohibidas-, evento en el cual el precepto deberá ser retirado del ordenamiento jurídico por decisión del juez constitucional.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 44, parcial, y 59 del Decreto-ley 100 de 1980.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Los suscritos magistrados compartimos plenamente la decisión adoptada por la Corte en el sentido de declarar exequibles las disposiciones acusadas, por cuanto la demanda presentada no tenía, a nuestro juicio, el más mínimo fundamento.

No obstante, debemos dejar en claro que llegamos a esa convicción por razones diferentes a las que se consignan en la parte motiva del fallo.

Expresamos, ante todo, que frente a las normas impugnadas, caben similares consideraciones a las expuestas por los firmantes cuando nos apartamos diametralmente de la providencia proferida el 5 de mayo de 1994 (Sentencia C-221), mediante la cual esta Corporación declaró inexequibles los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986, despenalizando así el porte y consumo de la llamada dosis personal de sustancias estupefacientes.

Consideramos que el legislador goza de plena competencia, a la luz de la Constitución Política, para establecer los tipos penales y para señalar las circunstancias agravantes que impliquen aumento en el cómputo de la pena principal o aplicación de penas o medidas accesorias.

En el caso específico de la ingestión de bebidas alcohólicas bajo cuyo influjo se cometen delitos -que es el asunto del que se ocupan las disposiciones examinadas-, la ley puede imponer la sanción accesoria consistente en la prohibición de consumir tales bebidas por un término hasta de tres años, no solamente por la consideración de que, como se dice en la Sentencia, ya se cometió efectivamente el hecho punible, sino por cuanto la sociedad tiene derecho a que el individuo que delinquió, merced al pernicioso efecto que en su personalidad causó la bebida, sea obligado por la autoridad pública -que tiene a cargo la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, derechos y creencias, así como las funciones de asegurar la convivencia pacífica y el cumplimiento de los deberes de los particulares (Artículo 2º C.P.)- a una abstención forzada, cuando menos tempo-

ral, para prevenir nuevas conductas delictivas y hacer así efectiva la defensa del conglomerado.

Aceptar esa facultad del legislador, que tiene sentido y justificación en el contexto de claras obligaciones constitucionales del Estado y que se funda en el principio fundamental de prevalencia del interés general (Artículo 1º C.P.), no implica que se castigue a la persona por lo que no ha hecho, como parece deducirse de la parte considerativa del Fallo, por cuanto la función preventiva de la pena tiene, en la norma analizada, un fundamento cierto e inequívoco en hechos reales, ya establecidos por la administración de justicia dentro de un proceso, en el cual se probó que el influjo del alcohol sí fue, según lo expresa la norma, "uno de los factores del delito". Ello significa que, a través del caso concreto, fue cabalmente establecido que el consumo de la sustancia estimulante sí causa un daño social, patente en la comisión del ilícito, lo cual hace legítima la acción del Estado sobre tal consumo para proteger a la sociedad.

El legislador selecciona aquellas conductas que, según su apreciación -en ello radica la autoridad que se le otorga- afectan de manera grave a la comunidad y merecen ser sancionadas. No hay un catálogo de delitos previamente diseñado, al cual se acoja la ley. Esta concibe y estructura el tipo delictivo, elabora la previsión abstracta de la conducta que busca reprimir y señala la pena. La evaluación y medida de los componentes del tipo es de su competencia, por lo cual, si nos acogemos al esquema de separación de las funciones esenciales de cada Rama del Poder Público (Artículo 113 C.P.), ninguna otra autoridad puede indicarle cuáles hechos le es dado consagrar como delictivos y cuáles no, o cuál es la medida de las penas, a no ser que, de manera objetiva y clara, con la norma penal se vulnere un mandato de la Constitución -como cuando se consagran penas en ella prohibidas-, evento en el cual el precepto deberá ser retirado del ordenamiento jurídico por decisión del juez constitucional.

Podría, entonces, penalizarse el consumo de alcohol si constituye una amenaza grave e inminente para los derechos de los demás o para la pacífica convivencia, según el criterio del legislador, sin que por ello se entendiera lesionado el derecho al libre desarrollo de la personalidad del consumidor o invadida su esfera íntima, pues la conducta objeto de sanción lo sería con motivo o por razón de sus repercusiones externas y -repetimos-, según la Constitución, no hay derechos absolutos en cuanto prevalece sobre ellos el interés colectivo.

Así, por ejemplo, nada se opondría constitucionalmente a que la ley sancionara el consumo de alcohol en cierto lugar público o en recintos cerrados, por cuanto podría implicar grave riesgo para la vida y la integridad de los concurrentes, y ello sin necesidad de que ya se hubiesen cometido delitos

bajo sus efectos. Se trata justamente de evitarlos, lo cual encaja dentro de la función estatal de proteger a los asociados.

Por eso, sin detrimento de nuestro respeto a la cosa juzgada constitucional que cobija a la Sentencia C-221, seguimos pensando que el legislador no había violado la Carta cuando penalizó el consumo personal de sustancias sicotrópicas.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

Fecha, ut supra

SENTENCIA No. C-027
de febrero 02 de 1995

COSA JUZGADA

Ref: Expediente Nº D-623

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso final del artículo 11 (parcial) de la Ley 100 de 1993 "Por el 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., Febrero dos (2) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Aprobado por Acta Nº 03

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de constitucionalidad del inciso final del artículo 11 (parcial) de la Ley 100 de 1993 "Por el 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 el cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones"

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

(...)

ARTICULO 11º. Campo de Aplicación

El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente, todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

(Se subraya la parte demandada)

II. ANTECEDENTES

1. El Congreso de la República dictó la Ley 100 de 1993, publicada en el Diario Oficial Nº 41.148 de diciembre 23 de 1993. El artículo 11º regula el

ámbito de aplicación del sistema general de pensiones, que rige para todos los habitantes del país pero deja a salvo los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, y garantiza el derecho de denuncia a las partes comprometidas en un conflicto colectivo de trabajo de naturaleza pensional.

2. El ciudadano Luis Alonso Velasco Parrado solicitó la declaratoria de inexequibilidad del inciso final del artículo 11 de la Ley 100 de 1993.

El demandante sostiene que el legislador no estaba autorizado para tratar, en una ley que regula integralmente la seguridad social, aspectos no especificados en el artículo 48 de la Carta. No podía, por tanto, mediante la Ley 100 de 1993, regular mecanismos de solución a los conflictos de contenido económico en materia pensional.

La posibilidad de denunciar cuestiones pensionales de las convenciones colectivas de trabajo, aún cuando no se hayan incluido en los pliegos de peticiones, a su juicio, desnaturaliza el carácter de derechos adquiridos que exhiben las prestaciones pactadas o acordadas en la convención, además de contrariar la esencia de la negociación colectiva de trabajo. Se viola, así, los artículos 53 y 58 de la C.P.

La regulación del procedimiento arbitral no es materia de una ley de seguridad social, sino de normas especiales. El tema se ha desarrollado de manera extensa en los artículos 429 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo y en la Ley 50 de 1990.

Finalmente, expresa que las Leyes 26 y 27 de 1976, aprobatorias de las Convenciones 87 y 98 de la OIT, obligan a los Estados miembros (entre ellos Colombia) a promover formas **voluntarias** para la solución de conflictos colectivos de trabajo. La norma acusada contraviene las convenciones citadas, al **imponer** el arbitramento como mecanismo de solución de conflictos colectivos de trabajo. Por otra parte, se deja de lado la promoción de la concertación (art. 52 C.P.), como mecanismo ideal de solución de los referidos conflictos. El derecho de asociación sindical se menoscaba, en tanto que la negociación colectiva, que hace parte de su núcleo esencial, se hace nugatoria ante la exigencia del arbitramento obligatorio.

3. El ciudadano Juan Manuel Charry Ureña, quien interviene en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, solicita a la Corte que declare exequible la norma acusada.

En su escrito señala que el artículo 48 CP "no establece limitación temática a la ley en la regulación del servicio público de Seguridad Social". En cuanto

a la negociación colectiva, añade, el artículo 55 CP la consagra como derecho, con las limitaciones legales. El legislador optó por no reservar la negociación colectiva para temas pensionales, aunque, insiste el interviniente, la Ley 100 de 1993 se limitó a regular el derecho de denuncia, de suerte que no se vulnera el artículo 55 de la CP. Solicita, por último, que la Corte revise su jurisprudencia sobre la aplicación y vigencia de las convenciones de la OIT que, en tanto tienen rango legal, no pueden ser invocadas como normas violadas.

4. El ciudadano Jesús Vallejo Mejía intervino para impugnar la demanda de inconstitucionalidad. Considera que el tribunal de arbitramento es uno de los mecanismos a los que el legislador puede acudir para la solución pacífica de conflictos colectivos de trabajo, sin que se pueda presentar a la concertación como única posibilidad. El tribunal de arbitramento obligatorio aparece como una regulación del derecho de huelga, inspirado en su carácter no absoluto y condicionado a la regulación legal.

5. El Procurador General de la Nación, solicita a la Corporación que declare la constitucionalidad de la norma, condicionada a que se entiendan excluídos del arbitramento puntos diferentes a aquellos sobre los cuales no se ha producido acuerdo en la etapa de arreglo directo, siempre que no se afecten los derechos o las facultades de las partes reconocidas por la Constitución, las leyes, los pactos y las convenciones colectivas.

Respecto a la unidad de materia (art. 158 CP), conceptúa que la norma demandada no la viola, ya que ella guarda relación con la regulación del servicio público de la seguridad social.

III. FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda de conformidad con lo estipulado en el numeral 4º artículo 241 de la Constitución Política.

2. Cosa Juzgada Constitucional

La Corte Constitucional, mediante sentencia C- 408 de septiembre 15 de 1994, se pronunció sobre la exequibilidad del inciso final del artículo 11 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, dada la existencia de cosa juzgada constitucional sobre esta materia (C.P. art. 243), se resolverá estarse a lo resuelto en la sentencia anotada, en la cual se señaló:

"Se sostiene que el artículo 11 de la ley es violatorio de la parte final del artículo 53 en concordancia con la primera parte del artículo 56 de la Constitución, porque "pareciera" negar el derecho de huelga, pues plantea como única solución del presunto conflicto el tribunal de arbitramentos, lo que es a todas luces restrictivo.

Dispone el artículo 11 subexámine, sobre el campo de aplicación de la ley, preceptuando en sus dos incisos finales lo siguiente: "para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva del trabajo".

Lo que está en perfecta armonía y es desarrollo del inciso final del artículo 53 de la Carta que establece la imposibilidad de la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo de menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores. Luego, no se entiende, de donde extrae su argumento el libelista, para deducir que el inciso final del artículo 11 que dice: "Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencia entre las partes", puede atentar contra el derecho de huelga consagrado en el artículo 56 de la C.N.. Pues el derecho de denuncia (artículo 479 del C.S. del T., modificado D.L. 616 de 1954 art. 14), es independiente del derecho de huelga que se rige por los mandatos constitucionales y legales. Sobre los efectos de la denuncia de las convenciones colectivas es prolija la jurisprudencia y la doctrina nacionales y no es del caso detenerse aquí para explicar sus connotaciones que, en ningún caso, son incompatibles con el derecho de huelga, y como dice el precepto, tampoco contra los derechos adquiridos de los trabajadores.

De otra parte, el arbitramento también es un instituto del derecho laboral, cuya regulación (art. 452 C.S.T.), establece claramente las oportunidades de su procedencia, indicando que los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación, se solucionarán por vía arbitral.

Por su parte el derecho de huelga, en la Carta Política de 1991, se extiende a los servicios públicos, salvo los de carácter esencial, expresamente definidos por la ley (art. 56 C.N.)

Como se observa claramente las figuras de la huelga, el arbitramento, la denuncia de las convenciones colectiva, tienen un marco legal, cuyos perfiles el propio constituyente y el legislador no sólo definen sino que delimitan en sus órbitas de aplicación.

Luego resultan infundados los argumentos del accionantes. La norma acusada no hace más que enunciar los institutos comentados".

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Estarse a lo resuelto en la Sentencia N° C-408 de septiembre 15 de 1994.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la gaceta de la corte constitucional y archivese el expediente.

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-028
de febrero 2 de 1995

DEMOCRACIA INDUSTRIAL / DEMOCRACIA ECONOMICA

Los artículos 57 y 60 de la Carta, en el primero de los cuales se diseña el modelo de la democracia industrial, cuando encarga a la ley de establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores logren participar en la gestión de las empresas, y en el segundo, estableciendo a cargo del Estado, la obligación de consagrar "condiciones especiales" que permitan a los trabajadores de las empresas cuya participación oficial se enajena, y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, el acceso a la respectiva propiedad accionaria. "Tales 'condiciones especiales', 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.

DEMOCRATIZACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA

Cuando el inciso 2o. del art. 60 de la Constitución dispone que en los procesos de privatización el Estado 'tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones...', consagra a favor de los trabajadores y de las organizaciones de economía solidaria, un derecho preferencial que no admite restricción o limitación, porque la Carta Política no le impone condición alguna. Por consiguiente, a través de la ley no es posible reglamentar el ámbito propio y específico de la operancia y la efectividad del derecho, sino, 'las condiciones especiales' que deben establecerse para que los beneficiarios hagan realidad la voluntad constitucional "de acceder a dicha propiedad accionaria'.

PROPIEDAD ACCIONARIA - Condiciones especiales

Las condiciones especiales para acceder a la propiedad, "pueden consistir en la creación de medios expeditos y favorables de financiación para la adquisiciones de acciones, el establecimiento de condiciones financieras ventajosas (plazos, precio y financiación especial) o cualquier otro incentivo que haga real el propósito del constituyente de democratizar la propiedad accionaria estatal", lo que no quiere decir que el Estado deba abandonar su cuidado sobre los bienes de que es titular, ni su mejor recuperación y aumento, sino que, el fin de la norma, es establecer un régimen preferencial, desigual por mandato del orden superior, justificado en la indicada justicia distributiva, a favor de los trabajadores de la empresa, de las organizaciones solidarias y de trabajadores y frente a los postores o compradores del público en general. Con lo cual se busca poner límites a los procesos de concentración de la riqueza, propios de las economías liberales o de mercado.

ENAJENACION DE ACCIONES - Sistema de martillo

Cuando se adopte el sistema de martillo, en ejecución del señalado programa, en la venta a los trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores de las acciones de la Nación, por parte de las entidades descentralizadas o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, se utilizará el dicho mecanismo de remate, en forma cerrada o por franjas, de manera que no compitan en el mismo, sectores desiguales, por el interés de la empresa, y sometiéndose en todo caso al trato favorable, representado en las "condiciones especiales" a que se refiere el artículo 60 de la Carta. El error del libelista consiste en considerar aisladamente, por fuera del sistema del decreto, la institución del "martillo" que, combinada con la publicidad y libre concurrencia, resulta un instrumento no desaconsejado para la disposición de bienes públicos, cuya venta directa y sin la necesaria publicidad y concurrencia, puede originar sospechas e insatisfacción colectivas, más o menos justificadas según el caso.

Ref.: Expediente No. D-660

Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 303, 304, 309 (todos parcialmente), del Decreto 663 de 1993.

Actor: Luis Xavier Sorela

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C.,febrero dos (2) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Xavier Sorela, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad autorizada en el artículo 241 de la Constitución Política, mediante demanda, solicita a esta Corporación judicial declarar la inexequibilidad parcial de los artículos 303, 304 y 309 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 No. 663 DE 1993
"(abril 2)

"Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su tilulación y numeración.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 35 de 1993.

"DECRETA:

".....

"PARTE DECIMO SEGUNDA

"PROCEDIMIENTO DE VENTA DE ACCIONES DEL ESTADO EN INSTITUCIONES FINANCIERAS Y ENTIDADES ASEGURADORAS.

"Capítulo I

"Artículo 303. ***PRIVATIZACION DE ENTIDADES CON PARTICIPACION 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 Finacieras de las acciones de una institución financiera y en condiciones suficientes de publicidad y concurrencia y sin perjuicio de lo establecido en el numeral 5o. 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 constituído 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 se 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."

"CAPITULO II

"PROCEDIMIENTO

"Artículo 304. ***APROBACION 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 Gobiemo Nacional deberá divulgarlo ampliamente por medio del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con el fin de promover suficiente participación del público. Además, el Gobiemo Nacional deberá presentar un informe sobre el programa adoptado a las Comisiones Terceras del Congreso de la República.

"Parágrafo 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 Gobiemo Nacional en el cual se dis-

pondrá 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.

"Parágrafo 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.

"Parágrafo 3o. Lo dispuesto en el Capítulo II de esta parte no será aplicable a las operaciones de movilización de activos con pacto de reventa celebradas por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con entidades inscritas, que hayan tenido o tengan por objeto la adquisición de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones.

"Parágrafo 4o. Las comisiones que se originen en las operaciones de martillo de que trata este artículo, no podrán exceder de los límites que fije el Gobierno Nacional."

"……

"Artículo 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.

"Parágrafo. 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."

Las partes subrayadas son el objeto de la demanda.

III. LA DEMANDA

El actor considera que la preceptiva acusada viola el preámbulo y los artículos 1o., 2o., 4o., 5o., 13, 58, 60 y 333 de la Constitución Política, por las razones siguientes:

-Que el acceso a la propiedad ordenado en el artículo 60 de la C.P., debe beneficiar a los habitantes del Estado colombiano en general y en especial a "los económicamente más desvalidos, no sólo de las organizaciones solidarias y de trabajadores".

-Que los fines del Estado (art. 2o. C.N.), no son simples enunciados de buenas intenciones y nobles ideales, sino mandatos categóricos que las autoridades y los habitantes debemos acatar buscando su plena y efectiva realización.

-Que las características del Estado (art. 1o. C.P.) se manifiestan mediante la consagración de principios constitucionales tales como los de solidaridad social, dignidad humana, justicia distributiva y de la igualdad. (Corte Constitucional sentencia No. T-406 de junio 5 de 1992 M.P. Dr. Ciro Angarita).

-Que mal "puede sostenerse que la búsqueda de un orden político, económico y social justo se facilite consagrando los mecanismos que conduzcan a que los grandes conglomerados -sean ellos nacionales o extranjeros-, concentren aún más la propiedad al beneficiarse de las condiciones concebidas para auxiliar precisa y exclusivamente a los desfavorecidos".

-Que el sistema de "martillo" es contrario a la democratización, pues favorece a quienes disponen de una mayor capacidad financiera, al disponer de

la posibilidad de ofrecer mayor precio y de determinar el verdadero valor de las acciones sacadas a remate.

. -Que el artículo 303 acusado contrariamente a lo que se dispone para las organizaciones solidarias y de trabajadores, a quienes si se les imponen límites, esta última norma prevé, admite y facilita el que una persona, se quede con todas aquellas acciones que no hubieren sido adquiridas por aquellas. (Corte Constitucional, sentencia C- 037 de 1994).

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES PUBLICAS

-El abogado Antonio José Nuñez Trujillo, actuando como ciudadano en ejercicio y en calidad de apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, interviene en el proceso en defensa de la constitucionalidad de las normas enjuiciadas, en los términos que se relatan a continuación:

-Que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso 3o. del artículo 304 y del artículo 309 del Decreto 663 de 1993, mediante la sentencia No. C-211 del 28 de abril de 1994.

-Que luego de examinar el sistema del decreto, se pone de presente una interpretación parcelada del actor, pues la primera opción corresponde a los trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores.

-Que se trata de enajenar bienes públicos y no de convertirlos en auxilios ni donaciones (arts. 355 y 60 C.P.).

"Dentro de nuestra lógica normativa, entonces, la locución Estado Social de Derecho no puede servir indistintamente como comodín de la protección de los desvalidos sino que se va concretando en las maneras que ha previsto la Constitución y de acuerdo a las alternativas que esbozan sus normas al recalcar en el aspecto social".

-Que el sistema previsto para la venta de las acciones cumple dos cometidos: 1o. reconoce el capital invertido y 2o. garantiza el acceso de los trabajadores y organizaciones solidarias.

-Que la práctica del "martillo" no es ni antidemocrática ni corrupta cuando se realiza en igualdad de condiciones y oportunidades para los oferentes.

2. El Ministerio de Desarrollo Económico, por intermedio de apoderado interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas, en los términos que se mencionan a continuación:

-Que el artículo 60 de la C.P. no puede entenderse en el sentido de que las condiciones especiales para acceder a la propiedad, no consulten el valor real de la propiedad accionaria, pues significaría desmedro del capital estatal (art. 26 numeral 4o. de la Ley 80/93).

-Que las mismas condiciones especiales se predican de los sujetos destinatarios de la preferencia, más no del objeto vendido.

-Que el artículo 306 del Decreto define los parámetros para fijar el precio de las acciones, sin que pueda ser definido al capricho del funcionario respectivo.

-Que no es inconstitucional ni mucho menos inconveniente, prever que la venta se haga a las personas que presenten condiciones más ventajosas, no sólo en términos económicos, sino en términos de solidez y deconfianza del público en las entidades que trabajan con su dinero.

-Que el mecanismo del martillo no es ajeno a la naturaleza de las acciones en tanto títulos valores, ni "mucho menos a su condición de instrumentos negociables." (Corte Constitucional, sentencia C-211 del 28 de abril de 1994).

-Que existe cosa juzgada sobre los artículos 304-3 y 309 del Decreto 663 de 1993.

3. La ciudadana Lucía Gaitán de Bedoya, en su condición de empleada del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, intervino en el proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas en la demanda de la referencia, con base en los planteamientos siguientes:

-Que el artículo 303 acusado democratiza la propiedad acorde con lo dispuesto en el preámbulo, y los artículos 1o. a 5o., 13 y 60 de la C.P..

-Que el mecanismo del "martillo es abierto e ilimitado".

"Todo esto tiene ocurrencia luego de que se ha hecho una oferta de la totalidad de dichas acciones a los trabajadores, sus asociaciones y al sector solidario, de tal forma que se lleva a venta pública y abierta, el número de acciones que los trabajadores y solidarios no han aceptado comprar. Esto, para que el proceso de venta prosiga en las mismas condiciones de facilitar la democratización que ha dispuesto la Constitución.

-Que el argumento esgrimido por el actor en el sentido de que el martillo es corrupto, "constituye un juicio de valor muy subjetivo por lo demás, que contradice la tradición de dicho mecanismo considerado como factor de transparencia en las transacciones que por su conducto se realizan".

4. El doctor Héctor Armando San Miguel, Superintendente de valores (E) presenta escrito que resulta extemporáneo al tenor de los incisos segundos de los artículos 7o. y 11 del Decreto 2067 de 1991, razón por la que no se exponen aquí sus contenidos

V. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador General de la Nación, mediante oficio No. 501 del 13 de septiembre de 1994, rindió el concepto de rigor en el asunto de la referencia, en el cual solicita a esta Corporación: "1. Que se esté a lo resuelto en la sentencia C-211 de abril 28 de 1994, en cuanto declaró EXEQUIBLES el inciso tercero del artículo 304 y el artículo 309; 2o. Que es EXEQUIBLE el artículo 303 del mismo ordenamiento legal, en lo acusado.", previas las razones siguientes:

-Que en sentencia C-211 del 28 de abril de 1994 la Corte Constitucional decidió la exequibilidad del inciso 3o. del artículo 304 y del artículo 309 del Decreto 663, lo que produjo, desde entonces, el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

-Que el Estado Social de Derecho, no es indiferente "ni al tema del acceso a la propiedad, ni a la opción entre la propiedad clásica y la propiedad solidaria". (Corte Constitucional sentencia No. C-037 de 1994).

-Que "cuando el numeral 1o. del artículo 303 establece que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras ofrecerá en venta las acciones de una institución financiera, en los supuestos que describe el mismo mandato, "decidiendo en favor de quien presente condiciones de adquisición más ventajosas" se está refiriendo como primera opción y en el alcance advertido por la Corte, a las tres categorías de personas mencionadas, esto es a los trabajadores de la misma entidad, a las organizaciones solidarias y a las de los trabajadores. Desde esta perspectiva queda sin soporte alguno, el cargo alusivo a la concentración de la riqueza".

-Que la democratización de la propiedad descrita en la Carta no conlleva ni un carácter especulativo ni de subsidio "que la alejen de los valores reales de la economía y de los principios asignados por la Carta al Estado Social de Derecho".

-Que las reflexiones de la Corte para declarar la constitucionalidad del inciso 3o, del artículo 304, se pueden extender a lo acusado del numeral 2o. del artículo 303 ibidem.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a. La Competencia

Es competente la Corte Constitucional para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 241 numeral 5o. de la Constitución Política, por pertenecer la normativa acusada a un decreto con fuerza de ley expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas al ejecutivo en la Ley 35 de 1993.

b. La Cosa Juzgada

La Corte Constitucional declaró EXEQUIBLES el inciso tercero del artículo 304 y el artículo 309 del Decreto 663 de 1993, en la sentencia No. C-211 del 28 de abril de 1994, con ponencia del H. Magistrado Carlos Gaviría Díaz, acusados allí con argumentos similares a los actuales, por lo que sobre ambos preceptos, en la presente acción, debe estarse a lo resuelto por la Sala Plena en aquella ocasión.

c. La Materia

En consecuencia de lo señalado en el literal anterior, la decisión se contrae al examen de constitucionalidad de los apartes del artículo 303 que fueron demandados.

El cargo se concreta en la descalificación del sistema de martillo, como mecanismo para alcanzar la democratización de las acciones del Estado, en la circunstancias a que se refiere el artículo 60 de la Constitución Política.

Sobre este precepto superior y sus alcances ha sostenido la Corporación lo siguiente:

"El calificativo de Social aplicado al Estado, le señala como línea especial en el ejercicio del poder, el cumplimiento de unas finalidades sociales, que tienen que ver con el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y, de manera particular, con la solución de necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable, como lo precisa el artículo 366 de la Constitución, o de protección especial a los sectores más débiles de la comunidad, para lo cual la constitución le otorga al Estado diferentes herramientas que van desde el establecimiento de medidas de excepción, como sucede, por ejemplo, con las previsiones del inciso segundo del artículo 60 de la Carta, hasta el apoyo especí-

fico con recursos particularmente presupuestados para tal fin, bajo la denominación de "gasto público social" (art. 350), y los subsidios para el pago de los servicios públicos domiciliarios (art. 368), para señalar algunos casos.

"Deben destacarse en este orden de ideas los artículos 57 y 60 de la Carta, en el primero de los cuales se diseña el modelo de la democracia industrial, cuando encarga a la ley de establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores logren participar en la gestión de las empresas, y en el segundo, estableciendo a cargo del Estado, la obligación de consagrar "condiciones especiales" que permitan a los trabajadores de las empresas cuya participación oficial se enajena, y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, el acceso a la respectiva propiedad accionaria.

"Tales 'condiciones especiales', 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.

"....

"Democratizar la propiedad accionaria en las empresas de participación oficial, 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, 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 dentro de un Estado Social de Derecho.

"Cuando el inciso 2o. del art. 60 de la Constitución dispone que en los procesos de privatización el Estado 'tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones...', consagra a favor de los trabajadores y de las organizaciones de economía solidaria, un derecho preferencial que no admite restricción o limitación, porque la Carta Política no le impone condición alguna. Por consiguiente, a través de la ley no es posible reglamentar el ámbito propio y específico de la operancia y la efectividad del derecho, sino, 'las condiciones especiales' que deben establecerse para que los bene-

ficiarios hagan realidad la voluntad constitucional 'de acceder a dicha propiedad accionaria'.

"....

"La norma del art. 60 de la C.P. traduce, en lo económico, el principio democrático formulado como sustento de la organización social y estatal en el art. 1o. de dicho estatuto constitucional, al imponer al Estado el imperativo de que, cuando enajene su participación accionaria en una empresa, "tomará las medidas *conducentes* (subraya la Sala) a democratizar" su propiedad accionaria. Tales medidas, que deben adoptarse a través de la ley, necesariamente han de estar dirigidas a que *efectivamente* se cumpla el designio democratizador de la norma que, a juicio de la Corte, apunta a eliminar la concentración de la riqueza, lo que naturalmente supone que las acciones han de quedar en manos del mayor número de personas." (Corte Constitucional, sentencia C-37/94, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Estos criterios que precisan los contenidos de la Carta con miras a la edificación de una sociedad, en la que el Estado Social de Derecho se comprometa en la democratización de la propiedad sobre las acciones que le pertenecen, muestran el objetivo superior inmediato del ofrecimiento del dicho acceso a la propiedad a los trabajadores de la respectiva empresa, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, en condiciones preferentes y favorables, frente a los asociados en general.

Específicamente sobre la institución del "martillo", ha sostenido esta Corte, con ocasión de la revisión del artículo 304 del Decreto 663 de 1994, lo siguiente:

"Pues bien, 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 nó, 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.

"Y en el evento de que los grupos a que alude la Constitución en el inciso 2o. del artículo 60, no estén interesados en adquirir ninguna de las acciones ofrecidas en venta, o cuando decidan adquirir solamente una parte de éllas, el instrumento del "martillo", para efectos de realizar la enajenación de estos valores, entre personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, distintas a las anteriores, las cuales entrarían a competir, resultaría idóneo para los fines previstos, pues se trata de la venta en pública subasta y al mejor postor de los citados efectos comerciales.

"De otra parte, obsérvese que el inciso demandado, no ordena que la enajenación de las acciones que posea la Nación, una entidad descentralizada o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en entidades financieras o aseguradoras, deba realizarse forzosamente o exclusivamente a través del sistema del martillo en bolsas de valores, al cual le asigna un carácter preferencial; pues permite que tales transacciones comerciales se efectúen por otros medios, sin precisar cuáles, siempre y cuando se garantice publicidad y libre concurrencia. En consecuencia, la escogencia del método o procedimiento para realizar dichas transacciones comerciales queda a criterio de la entidad que vaya a efectuar la venta, conforme al programa de enajenación.

"En este orden de ideas, es preciso concluir que la enajenación de la propiedad accionaria que el Estado posea en instituciones financieras y aseguradoras, hasta tanto no se ofrezca a los trabajadores de la misma empresa, a las organizaciones solidarias y a las organizaciones de trabajadores, y una vez se haya determinado que dichos grupos, no adquirieron la totalidad de las acciones o sólo decidieron comprar una parte de ellas, no podrá el ente oficial respectivo, ofrecer las restantes, o todas si es el caso, al público en general.

"No viola entonces el inciso 3o. del artículo 304 del Decreto 663 de 1993, materia de impugnación, ninguna norma constitucional, pues los mecanismos operativos o instrumentos necesarios para llevar a cabo la enajenación de la propiedad accionaria de carácter estatal, corresponde fijarla al legislador, de acuerdo con el artículo 60 de la Carta, disposición que en este campo no le señaló pauta, directriz o condicionamiento alguno. " (Corte Constitucional, sentencia No. C-211/94, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Basta pues a la Corporación, en esta oportunidad, para resolver sobre la acusación parcial del artículo 303, insistir en los criterios transcritos. Con base en ellos declarará la constitucionalidad del precepto examinado.

En el artículo 60 de la Constitución Política se plantea una limitación a la libertad económica, al imponerse, dentro de una lógica de justicia distributiva, la promoción del acceso a la propiedad de las personas, conforme a la

ley. Se dispone igualmente, el ofrecimiento preferente a los trabajadores, las organizaciones solidarias y de trabajadores de las acciones que enajene el Estado de sus participaciones en una empresa.

En desarrollo del anterior precepto superior, el Decreto 663/93, para un sector empresarial, (sistema financiero), estableció un régimen de venta de las participaciones estatales, principalmente en sus artículos 303 a 312. En estos se describe el procedimiento siguiente: El Estado realizará la venta a favor de quienes "presenten las condiciones de adquisición más ventajosas" (art. 303), con lo cual, se afirma desde el comienzo, que la enajenación en ninguna de las hipótesis previstas en la Carta y en el propio articulado del decreto, 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, además, extraño al sistema de la Carta, que prohíbe tajantemente tal posibilidad (art. 355).

Ha sostenido la Corporación que esas condiciones especiales, "pueden consistir en la creación de medios expeditos y favorables de financiación para la adquisiciones de acciones, el establecimiento de condiciones financieras ventajosas (plazos, precio y financiación especial) o cualquier otro incentivo que haga real el propósito del constituyente de democratizar la propiedad accionaria estatal", lo que no quiere decir que el Estado deba abandonar su cuidado sobre los bienes de que es titular, ni su mejor recuperación y aumento, sino que, el fin de la norma, es establecer un régimen preferencial, desigual por mandato del orden superior, justificado en la indicada justicia distributiva, a favor de los trabajadores de la empresa, de las organizaciones solidarias y de trabajadores y frente a los postores o compradores del público en general. Con lo cual se busca poner límites a los procesos de concentración de la riqueza, propios de las economías liberales o de mercado.

Otro elemento propio del régimen de venta comentado, tiene que ver con la necesidad de su "publicidad" y "libre concurrencia", que se encuentran ampliamente acordes con los principios constitucionales de libertad, participación, trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general (art. 1o.), orientados a procurar claridad, transparencia, pulcritud, no discriminación, sino por el contrario, beneficios restablecedores para los sectores sociales más débiles.

El procedimiento de "martillo", consagrado en el decreto y que es el motivo de la impugnación al artículo 303, no es el único método previsto en aquel,

pues se preveen "otros procedimientos en condiciones de amplia publicidad y concurrencia" (num. 2o. inc. 3o.); procedimientos que deberán ejecutarse "según el programa de enajenación que apruebe en cada caso el Consejo de Ministros" (art. 304 ibídem).

Este programa contendrá las medidas conducentes a democratizar la participación estatal y otorgará las condiciones especiales a los trabajadores, sus organizaciones y las solidarias. Programa, entonces, que condiciona el funcionamiento de los martillos u otros procedimientos que se implementen. Luego será en cada caso, la modalidad del mismo lo que vendrá a otorgar al proceso su particular característica. El criterio de la Corte, luego de la sentencia C-37/94, con apoyo en el cual se declaró la inexequibilidad del porcentaje del 15% a que se refería el inciso 3o. del artículo 306 del decreto, según el cual cuando se adopte el sistema de martillo, en ejecución del señalado programa, en la venta a los trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores de las acciones de la Nación, por parte de las entidades descentralizadas o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, se utilizará el dicho mecanismo de remate, en forma cerrada o por franjas, de manera que no compitan en el mismo, sectores desiguales, por el interés de la empresa, y sometiéndose en todo caso al trato favorable, representado en las "condiciones especiales" a que se refiere el artículo 60 de la Carta.

El error del libelista consiste en considerar aisladamente, por fuera del sistema del decreto, la institución del "martillo" que, combinada con la publicidad y libre concurrencia, resulta un instrumento no desaconsejado para la disposición de bienes públicos, cuya venta directa y sin la necesaria publicidad y concurrencia, puede originar sospechas e insatisfacción colectivas, más o menos justificadas según el caso.

Previas las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional, Sala Plena, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Estarse a lo resuelto sobre el inciso 3o. del artículo 304 y el artículo 309 del Decreto 663 de 1993, en la sentencia No. C-211/94 del 28 de abril de 1994)

Segundo.- Declarar EXEQUIBLES los apartes demandados del artículo 303 del Decreto 663 de 1993.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria

SENTENCIA No. C-029
de febrero 02 de 1995

DERECHO PROCESAL - Finalidad

La finalidad del derecho procesal en general, y de los procesos en particular, es la realización de los derechos que en abstracto reconoce el derecho objetivo, realización que supone la solución de los conflictos.

DERECHO SUSTANCIAL

Cuando se habla de derecho sustancial o material, se piensa, por ejemplo, en el derecho civil o en el derecho penal, por oposición al derecho procesal, derecho formal o adjetivo. Estas denominaciones significan que el derecho sustancial consagra en abstracto los derechos, mientras que el derecho formal o adjetivo establece la forma de la actividad jurisdiccional cuya finalidad es la realización de tales derechos.

DERECHO PROCESAL

Las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho.

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia "prevalecerá el derecho sustancial", está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la reali-

lización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO-
Interpretación de normas procesales

Es lógico que en la interpretación de las normas procesales se tengan en cuenta los principios generales del derecho, como sucede en la interpretación de todas las normas jurídicas.

Ref: Expediente D-668

Demanda de inconstitucionalidad del artículo 4o. del Decreto 1400 de 1970 " Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Civil."

Actor: Francisco José Vergara Carulla

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número dos (2), a los dos (2) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Francisco José Vergara Carulla, 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 del artículo 4 del Decreto 1400 de 1970.

Por auto del ocho (8) de agosto de 1994, el Magistrado sustanciador admitió la demanda, ordenando 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. Así como 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 la norma acusada:

" DECRETO NUMERO 1400 de 1970

( )

" Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil.

" El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 56 de 1988 y oída la Comisión Asesora a que ella se refiere,

DECRETA:

" ...

" Artículo 4: Interpretación de las normas procesales: Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales de derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. "

B. LA DEMANDA

En concepto del actor, el artículo acusado desconoce el artículo 228 de la Constitución, que ordena la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.

Según el demandante, de un minucioso análisis de la norma demandada, así como de la normatividad que regía antes de su expedición, se deduce que existe una subordinación de las normas sustanciales a las procesales, pues se ordena que en caso de duda por parte del juez, en la interpretación de una norma de carácter procesal, se acuda primero a los principios generales de derecho antes que a la efectividad del derecho sustancial, hecho éste que limita su primacía, pues sólo se le reconoce como una fuente de interpretación y no de aplicación de las normas procesales, inclusive con un rango inferior al de otras fuentes, como es el caso de los principios generales del derecho.

Así, pues, bajo la vigencia de la Constitución de 1991, el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil es inexequible, al limitar el campo de aplicación de los derechos sustanciales a un simple factor de interpretación de las normas procesales.

C. INTERVENCIONES

De conformidad con el informe secretarial del veinticinco (25) de agosto 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 del oficio número 503, de septiembre veintiuno (21) de 1994, el Procurador General de la Nación, doctor Orlando Vásquez Velásquez, rindió el concepto de rigor, solicitando a la Corte Constitucional declarar EXEQUIBLE el artículo 4o. del Decreto 1400 de 1970.

En su concepto, el Procurador hace un análisis del artículo 228 de la Constitución y de la forma como el mismo debe ser interpretado, pues la intención del Constituyente de 1991, no fue la de que los procedimientos se terminasen, pues ellos garantizan la efectividad del derecho sustancial.

Por tanto, lo que el artículo 228 de la Constitución proscribe, no es la existencia de normas procedimentales, sino la aplicación de rituales y formalismos exagerados que desconozcan la esencia del derecho sustancial. Esta, explica el Procurador, es la tendencia del derecho moderno, en donde existe una " entronización del derecho positivo, [con] la procedimentalización como eje central."

Así, el respeto por los principios básicos del procedimiento, debe ser entendido como un problema más de fondo que de forma. Al respeto afirma:

" El énfasis del derecho y de la democracia modernos en los procedimientos, no implica, por supuesto, el olvido radical de los valores ético-materiales, sino sólo su cambio de lugar y función en el sistema jurídico. Para poner en evidencia dicho cambio basta recordar, cómo la libertad y la dignidad -ejes del nuevo constitucionalismo colombiano- constituyen condiciones de posibilidad sin las cuales resulta imposible la existencia de procedimientos comunicativos, y con ello veraces y justos, tanto en el ámbito de la legitimidad democrática como de la legalidad positiva."

Así las cosas, dice el Procurador, no le asiste razón al actor, pues olvida que uno de los fundamentos del debido proceso está, según la misma Constitución, en el respeto de las formas propias de cada juicio, formas que garantizan la efectividad y prevalencia de los derechos sustantivos de los asociados. Por tanto, no debe existir desprecio de la forma, tal como lo entiende el actor, y ante la duda del juez cuando va a interpretar la ley, no existe oposición en que acuda a los principios generales del derecho o a los derechos

sustanciales, pues la misma Constitución, en el artículo 230 permite al juez tener a uno u otro, como criterios auxiliares en su labor interpretativa.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Procede la Corte a resolver, previas las siguientes consideraciones.

Primera.- Competencia

La Corte es competente para conocer de este asunto, en virtud de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución, pues la norma demandada hace parte de un decreto con fuerza de ley.

Segunda.- Lo que se debate

Sostiene el demandante que existe oposición entre el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 228 de la Constitución, porque el primero "reinstauró la subordinación de la ley sustancial a la procesal", en tanto que el segundo establece "la prevalencia del derecho sustancial".

Alega, además, que existe una contradicción entre la primera parte del artículo acusado, que "ordena interpretar la ley procesal obedeciendo el principio de que los procedimientos tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial", y la segunda parte que "ordena aclarar las dudas que surjan en la interpretación de la ley procesal por medio de los principios generales de derecho procesal".

Tercera.- Finalidad del proceso civil

Cuando los intereses individuales o colectivos tutelados por el derecho objetivo no se satisfacen espontáneamente por aquellos obligados por la norma, el Estado provee a su realización por medio de la actividad jurisdiccional. El objeto de ésta es "la declaración de certeza o la realización colectiva y concreta de los intereses tutelados en abstracto por las normas de derecho objetivo, cuando, por falta de certeza o por inobservancia de las dichas normas, no quedan ellos directamente satisfechos por aquellos a quienes se dirigen las normas jurídicas". (Ugo Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo I, pág. 48, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969).

En cada caso concreto, la actividad jurisdiccional se ejerce en el marco del proceso, sobre cuyo fin específico ha escrito Carnelutti: "La conclusión de la

investigación hasta ahora efectuada, puede resumirse en esta fórmula: **el proceso se desenvuelve para la composición justa del litigio.**

"Paz con justicia podría ser, de ese modo, el lema del Derecho procesal. Ni paz sin justicia, ni justicia sin paz. Nada de paz sin justicia, porque el proceso, como se ha visto, no tiende a componer el litigio de cualquier modo, sino según el Derecho. Nada de justicia sin paz, porque el derecho no se aplica o no se realiza por quien está en conflicto, sino por quien está sobre el conflicto: supra partes, no inter partes; a fin de componer un litigio y no de tutelar un interés". (Sistema de Derecho Procesal Civil, tomo I, pág. 287, Ed. UTEHA, Buenos Aires, 1944).

En síntesis: la finalidad del derecho procesal en general, y de los procesos en particular, es la realización de los derechos que en abstracto reconoce el derecho objetivo, realización que supone la solución de los conflictos.

Cuarta.- Derecho formal y derecho sustancial o material

Cuando se habla de derecho **sustancial** o **material**, se piensa, por ejemplo, en el derecho civil o en el derecho penal, por oposición al derecho procesal, derecho formal o adjetivo. Estas denominaciones significan que el derecho sustancial consagra en abstracto los derechos, mientras que el derecho formal o adjetivo establece la forma de la actividad jurisdiccional cuya finalidad es la realización de tales derechos. Sobre esta distinción, anota Rocco:

"Al lado, pues, del derecho que regula la forma de la actividad jurisdiccional, está el derecho que regula el contenido, la materia, la sustancia de la actividad jurisdiccional.

"El uno es el **derecho procesal**, que precisamente porque regula la forma de la actividad jurisdiccional, toma el nombre de **derecho formal**; el otro es el **derecho material** o **sustancial**.

"Derecho material o sustancial es, pues, el derecho que determina el contenido, la materia, la sustancia, esto es, la finalidad de la actividad o función jurisdiccional". (ob. cit., tomo I, pág. 194).

De otra parte, las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia,

quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho.

Quinta.- Algunas reflexiones sobre los artículos 228 de la Constitución, y 4o. del Código de Procedimiento Civil.

Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia " prevalecerá el derecho sustancial" , está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.

El artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil, por su parte, expresa la misma idea al afirmar que al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto, es decir, el fin de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. También aquí la relación de medio a fin es ostensible.

Como la interpretación es el paso previo e indispensable para la aplicación de toda norma jurídica, es claro que ella condiciona y determina su aplicación. Esto explica la orden que la norma acusada imparte al juez.

En cuanto a la referencia que la segunda parte del artículo demandado, hace a la aplicación de los " principios generales del derecho procesal" , cabe decir lo siguiente.

Los redactores del Código de Procedimiento Civil, se anticiparon al Constituyente de 1991. ¿Por qué?. Sencillamente porque el artículo 230 de la Constitución, después de señalar que " los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley" , establece que " La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial" . Principios generales del derecho entre los cuales se cuentan los " principios generales del derecho procesal civil" , que también son sustanciales, en últimas.

Sin que pueda olvidarse la expresa mención que el artículo cuarto hace de " la garantía constitucional del debido proceso" , " el derecho de defensa" , y la " igualdad de las partes" , temas a los cuales se refieren los artículos 29 y 13 de la Constitución.

Es lógico que en la interpretación de las normas procesales se tengan en cuenta los principios generales del derecho, como sucede en la interpretación de todas las normas jurídicas.

Sexta.- Conclusión

De todo lo expuesto, se infiere sin la menor dificultad que la norma demandada no sólo no contradice la Constitución, sino que se ajusta perfectamente a su letra y a su espíritu. Así lo declarará la Corte.

III. DECISION

Con base en las consideraciones anteriores, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400 de 1970.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-030
de febrero 2 de 1995

COSA JUZGADA

Ref: Expedientes D-675.

Peticionario: Marco Tulio Mayo.

Norma acusada:

Artículo 142 (parcial) de la Ley 100 de 1993.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

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

I. ANTECEDENTES.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales de la acción pública de inconstitucionalidad, procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a proferir el fallo correspondiente, en relación con la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Marco Tulio Mayo contra el artículo 142 (parcial) de la Ley 100 de 1993.

II. LA NORMA PARCIALMENTE ACUSADA.

Los fragmentos acusados son los que aparecen destacados con negrillas en la transcripción del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 "por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

"*Artículo 142.- Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de 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, cuyas pensiones ***se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988, 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 la 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."

III. LA DEMANDA.

El concepto de la violación expuesto por el ciudadano Marco Tulio Mayo, se puede sintetizar en que la mesada adicional prevista en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, vulnera el principio de la igualdad, al concedérsele sólo a los pensionados con anterioridad al 1o de enero de 1988, creándose un régimen excepcional y excluyente entre personas de condiciones económicas y sociales similares. Agrega, que por tal motivo se desconocen los artículos 48 y 53 de la Carta Política, en cuanto a la seguridad social como derecho público y a los derechos mínimos en materia laboral que incluye dentro de su cobertura a los de los pensionados.

IV. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante apoderado, solicita se declare la exequibilidad de la norma acusada pues no se vulneran los artículos 1o (Estado Social de de Derecho), 2o (prosperidad general), 13 (igualdad), 46 y 48 (seguridad social), 53 (reajuste periódico de pensiones) y 58 (derechos adquiridos); con tal fin expuso, entre otros, los siguientes argumentos:

La mesada adicional para pensionados que establece la norma se funda en la circunstancia de que algunas personas tenían pensiones inferiores al salario mínimo, que no habían sido objeto de reajustes. En tal virtud se les concede dicha mesada en forma inmediata y como medida compensatoria en aras de lograr la igualdad real, lo cual es consecuente con los recursos

económicos limitados del Estado, quien debe atender en primer lugar a quienes están en condiciones de inferioridad y posteriormente a quienes reciben pensiones iguales o superiores a los niveles mínimos.

En razón de que la norma acusada no niega ni limita el reajuste de las pensiones ya ordenado en otras normas, sus previsiones no pueden vulnerar los mandatos constitucionales sobre seguridad social y, por el contrario, la norma concede la mesada como una medida compensatoria para quienes no habían tenido reajuste de sus pensiones. Por otra parte, considera que la norma acusada reconoce los derechos adquiridos al reajuste de las pensiones, ordenado por la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2108 de 1992.

V. INTERVENCION CIUDADANA.

El ciudadano Jesús Mejía Vallejo impugnó la demanda presentada con base, entre otros argumentos, en que no se vulneran los artículos 4, 13, 48, 53 y 85 de la Carta Política, pues la mesada adicional lo que busca es promover la igualdad real de los jubilados, ya que eran irrisorias las bases de reajuste de las pensiones de las personas que se habían jubilado antes del 1 de enero de 1988.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El señor Procurador General de la Nación solicta a la Corte estarse a lo resuelto en la sentencia C-409 de 1994, donde se declaró la inexequibilidad parcial del artículo 142 de la ley 100 de 1993.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de la presente demanda, en virtud de la competencia que le asigna a la Corte Constitucional el artículo 241 numeral 4° de la Carta Política.

2. Sentencia de la Corte Constitucional sobre el inciso 2o del artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Mediante la sentencia C-409 de septiembre 15 de 1994 y con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, esta Corte tuvo ocasión de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma acusada por vulneración del

principio Constitucional a la igualdad de que trata el artículo 13. En efecto, la Corte encontró que con los apartes que del artículo 142 se demandan, se crea una discriminación injustificada en favor de quienes están disfrutando de la pensión con fundamento en las disposiciones anteriores a la Ley 71 de 1988, en detrimento de quienes habiendo cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio, adquirieron la condición de pensionados a partir del 1o. de enero de 1988.

Dado que esta Corte al analizar la constitucionalidad del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, declaró en la aludida sentencia la inexequibilidad de los apartes ahora demandados de la referida norma, en razón de la cosa juzgada constitucional que ampara sus decisiones, según los artículos 243 de la Constitución Política y 46 del Decreto 2067 de 1991, no hay lugar a un nuevo pronunciamiento sobre el punto; por lo tanto, en la parte resolutiva se ordenará estarse a lo resuelto en la referida sentencia.

VIII. DECISION.

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

RESUELVE:

Estése a lo resuelto en la sentencia C-409 proferida por esta Corte el 15 de septiembre de 1994.

Notifíquese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-031
de febrero 2 de 1995

COMPETENCIA DISCRECIONAL - Contenido /
COMPETENCIA REGLADA

Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.

ACTO DISCRECIONAL - Control jurisdiccional /
ARBITRARIEDAD / DISCRECIONALIDAD

Los actos discrecionales están por lo tanto sometidos al control jurisdiccional en ejercicio de las acciones pertinentes, cuando se considera que ellos son violatorios de la Constitución o de la ley. Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

PORTE DE ARMAS - Reglamentación

El legislador sí puede regular los permisos requeridos para la posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos, sin que dicha facultad sea el ejercicio de una actuación arbitraria o caprichosa, ni el desarrollo de una potestad absolutamente discrecional. A juicio de la Corte, el régimen de concesión de permisos para poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, contenido en el artículo 3o. del Decreto 2535 de 1993, corresponde a una materia que puede ser adoptada por el legislador, según se desprende de lo prescrito en el artículo 223 de la Constitución Política, al señalar la prohibición de poseerlas o portarlas "sin permiso de autoridad competente", prohibición que está fundada en el derecho a la paz y en el deber de los ciudadanos de propender al logro y mantenimiento de la misma (artículo 95 numeral 6o. de la CP.), con la finalidad del Estado de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2o. CP.). El grado de discrecionalidad que a las autoridades respectivas se otorga para la expedición de los permisos para poseer o portar armas, municiones de guerra o explosivos, no entraña entonces ningún vicio de inconstitucionalidad.

PORTE DE ARMAS - Autorización

Es al Gobierno Nacional a quien corresponde expedir, a través de la autoridad competente, la autorización para portar armas, como así lo consagra la norma cuyo aparte fue demandado, y que en criterio de esta Corporación es exequible, pues no excede ni vulnera el ordenamiento constitucional.

Ref.: Proceso No. D - 676

Acción pública de inconstitucionalidad contra la expresión "*...con base en la potestad discrecional...*", contenida en el artículo 3° del Decreto 2535 de 1.993, "por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos".

MATERIA:

Permiso que deben obtener los particulares para poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios.

Actor: Alexandre Sochandamandou.

Magistrado ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Aprobado por Acta No. 03 de Febrero dos (2) de 1995.

Santafé de Bogotá, D.C., Febrero dos (2) de mil novecientos y noventa y cinco.

I. ANTECEDENTES

Procede la Sala Plena de la Corte Constitucional, a resolver la demanda formulada por el ciudadano Alexandre Sochandamandou en contra de la expresión "*...con base en la potestad discrecional...*" contenida en el artículo 3° del Decreto 2535 de 1993, "por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos".

Al proveer sobre su admisión, el Magistrado Sustanciador ordenó que se oficiara a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministro de Justicia y del Derecho y al Ministro de Defensa Nacional, para que si lo estimaren oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

II. LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe la norma acusada, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial Número 41.142 del 17 de diciembre de 1993. Se subraya lo acusado.

DECRETO 2535 DE 1993
(diciembre 17)

por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los literales a), b), c), d), e), f), g), h), i) de la Ley 61 de 1993 y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión del Congreso de que trata el artículo 2° de la misma,

DECRETA:

Título I

PRINCIPIOS GENERALES.

"...

"*Artículo 3°. Permiso del Estado. Los particulares, de manera excepcional, sólo podrán poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, con permiso expedido* ***con base en la potestad discrecional*** *de la autoridad competente.*

..."

III. LOS CARGOS FORMULADOS

El ciudadano Alexandre Sochandamandou considera que la parte acusada del artículo 3o. del Decreto 2535 de 1993, viola los artículos 4o., 6o., 15, 29 y 230 de la Constitución Política.

Según el actor, cuando la Carta en su artículo 230 dice que " *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*" , se refiere a la fuente formal del derecho, con el objeto de fijar la *normatividad de modo taxativo* y así sustraerla de la *potestad discrecional* de cualquiera que encarne la autoridad estatal con competencia para decidir.

Afirma que cuando la Carta dice " *Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes*" , hace alusión al derecho ciudadano de *conocer taxativamente las leyes reguladoras*, para no quedar supeditado a la incertidumbre de la *veleidosa potestad discrecional* de la autoridad pública.

Al respecto observa:

" *En consecuencia, toda norma debe determinar taxativamente las condiciones por las cuales un permiso puede ser concedido o denegado, de lo contrario el estado de derecho se constituye en una ficción, pues tanto en esta como en otras actuaciones administrativas de carácter discrecional, se está bajo el imperio del capricho omnipotente de quien encarne a la autoridad de turno*" .

En su criterio, el funcionario que dispensa o deniega permisos en virtud de la potestad discrecional que las normas confieren a las autoridades, no está obligado a motivar en derecho las razones de su decisión con lo cual se sustrae a la controversia jurídica con el afectado. Potestad que además, señala, es la causante de la corrupción administrativa que azota al país y de la impunidad que la rodea.

Solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión " *potestad discrecional*" , contenida en toda la normatividad cuyo conocimiento sea de la competencia de la Corte Constitucional.

IV. INTERVENCION DE AUTORIDAD PUBLICA

Dentro del término de fijación en lista, intervinieron el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de apoderado, así como el señor Ministro de Defensa Nacional, quienes presentaron escritos defendiendo la constitucionalidad del aparte demandado, cuyos argumentos a continuación se sintetizan.

A. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

El apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho sostiene que la norma acusada constituye un desarrollo del artículo 223 de la Carta Política, en virtud del cual se le otorga al Gobierno la potestad de introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos.

En lo que atañe con la potestad discrecional, considera que las autoridades pueden tomar decisiones con contenido discrecional, bien sean de carácter general o particular, las cuales deben ser adecuadas a los fines de la norma que las autoriza y proporcionales a los hechos que le sirven de causa, como así lo prevé el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

Estima que en ningún momento el término "*discrecionalidad*" significa arbitrariedad y que el legislador respecto de la norma acusada, consagró un cierto grado de discrecionalidad del funcionario competente en lo relativo a la apreciación de si el solicitante del permiso de tenencia necesita un arma para su defensa e integridad personal, o si se encuentra en peligro de muerte o grave daño personal.

Finalmente, respecto a la conducta enunciada -la corrupción administrativa-, señala que proceden las acciones establecidas en la ley las cuales deberán denunciarse en su debida oportunidad.

B. Intervención del señor Ministro de Defensa Nacional.

Afirma el señor Ministro de Defensa, doctor Fernando Botero Zea, que la Constitución consagró en favor del Gobierno Nacional, el monopolio de la fabricación e introducción de armas de fuego, municiones de guerra y explosivos y prohibió su porte o posesión a los particulares, salvo cuando se ha obtenido el permiso estatal expedido por la autoridad competente.

Fundamenta la defensa en la sentencia No. C-077 de 1993 emanada de la Corte Constitucional, en la cual se estableció que el uso y porte de armas se deriva de un permiso estatal el cual existe dada la necesidad para la constitución y circulación de derechos ulteriores sobre las armas y demás elementos bélicos. Señala la providencia, que a partir de esta competencia estatal, puede la autoridad en los términos de la ley crear y administrar titularidades privadas, a través de la figura técnico-administrativa del "permiso".

En su concepto, el constituyente entendió que el compromiso de la paz como derecho y deber social de obligatorio cumplimiento, se logra mediante la concesión al propio Estado del manejo de las armas. El ejercicio de los derechos y libertades públicas no se garantiza armando a la sociedad civil

para que por su propia mano los ejerza; los únicos que legítimamente pueden utilizar los medios armados son las autoridades constitucionalmente habilitadas para ello dentro del marco legal y con la responsabilidad que ello comporta.

El principio constitucional en materia de armas, sostiene el señor Ministro, es la prohibición de su porte o tenencia, fabricación o conducción, siendo excepcional el otorgamiento del permiso legal correspondiente. No existe entonces, el derecho al acceso a las armas sino el derecho y deber a la paz, la coexistencia racional y pacífica, la ayuda mutua en el cabal cumplimiento de los deberes cívicos y sociales y el rechazo a la violencia en sus diversas manifestaciones.

Adicionalmente, indica que las normas del Decreto 2535 de 1993 señalan los requisitos para la obtención de la revalidación del permiso, advirtiendo que la misma resulta procedente cuando se han observado la integridad de las normas previstas en el mencionado estatuto de armas, de donde concluye que la discrecionalidad en el otorgamiento de los permisos no es arbitraria ni absoluta sino que obedece a unos criterios técnicos, sociales, científicos y administrativos convergentes todos ellos a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado en materia de seguridad pública y la concesión de medios para proveerse a la seguridad privada o a la defensa personal.

Afirma que de acuerdo con las doctrinas del derecho administrativo, no existen actos meramente discrecionales, pues según los artículos 6 y 121 de la Carta Política, ningún servidor público puede ejercer funciones diferentes a las atribuídas expresamente ya sea por la Constitución o por la ley, generando responsabilidad por omisión, extralimitación o abuso de poder en el ejercicio de sus funciones.

Al respecto, observa que en materia de armas la ley señala las autoridades, los requisitos para la expedición de permisos, la revalidación y la posibilidad de su suspensión, atribuyendo la competencia a las autoridades militares expresamente designadas en el artículo 32 del Decreto Ley 2535; de tal manera que la función esta plenamente detallada, y una vez cumplidos los requisitos mencionados sólo es dable apreciar el mérito que en sí mismo comporta la expedición del permiso.

Así pues, estima que en un estado de derecho es absurdo y equivocado hablar de discrecionalidad absoluta, pues toda la acción del gobernante, administrador, funcionario o empleado no debe estar fuera de los textos legales. Dentro de los grados de discrecionalidad, la administración debe tener cierta libertad para valorar los acontecimientos políticos, económicos o sociales antes de proferir la decisión.

De otro lado, estima que en el Decreto Ley 2535 de 1993 se otorgan plenas facultades discrecionales a las autoridades militares competentes en la expedición, revalidación y suspensión de permisos, ejercicio legítimo del monopolio constitucional establecido en materia de administración de armas, municiones y explosivos. Si se consagra una prohibición general que impida el libre porte y tenencia de armas, municiones y explosivos sin contar previamente con el permiso expedido en forma regular por la autoridad estatal, resulta lógico que el Estado cuente con una mayor facultad administrativa frente a las autorizaciones para porte o tenencia de tales elementos.

La expedición discrecional de los permisos, por tanto, consiste en apreciar y valorar todos los requisitos que se estipulan en el estatuto de armas a fin de obtener un permiso de tenencia o de porte. Por ello, es apenas lógico que teniendo el Estado autonomía en el manejo de las armas, tenga en consecuencia plenos poderes para administrar las titularidades privadas que se originan frente a las necesidades de la comunidad.

Al respecto, indica que "*Si algún derecho fundamental absoluto se le confiere al Estado, es precisamente el relacionado con el manejo de las armas, municiones, explosivos y artefactos, sin que ello implique el ejercicio arbitrario, el abuso de poder o un desvío de las competencias de las autoridades militares a quienes se les atribuyen dichas funciones*".

Señala de otra parte, que el artículo 3o. del Decreto 2535 de 1993, no viola el artículo 4o. de la Carta que establece la supremacía frente a la demás normatividad del Estado, pues según lo expresado lo que desarrolló es el postulado consagrado en el artículo 223 de la Constitución Política.

De igual manera, agrega que la potestad discrecional en materia de expedición de permisos no infringe la Constitución ni la ley sino que desarrolla los principios que garantizan la defensa de las instituciones, los derechos fundamentales y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, entre ellas administrar el monopolio de las armas.

No se viola como lo aduce el actor, el derecho a la intimidad personal y familiar, el buen nombre, ni el habeas data a que se refiere el artículo 15 de la Constitución, porque a juicio del señor Ministro al otorgarse o negarse un permiso no se está afectando el buen nombre o la intimidad del solicitante, sino que se tienen en cuenta principalmente razones de seguridad pública y ciudadana en el otorgamiento de permisos, así como razones sociales o de naturaleza administrativa. El procedimiento previsto para la expedición de un permiso de tenencia o de porte de armas, municiones de guerra o explosivos no viola el debido proceso, ya que no se trata de una actuación administrativa de tipo disciplinario o sancionatorio, sino de un proceso de evaluación regido bajo dos extremos: uno relacionado con la propia necesidad y justifi-

cación de poseer y portar un arma frente a la comunidad, y el otro, el de la actividad general reguladora del Estado en limitar el porte o tenencia de armas por parte de la ciudadanía.

Finalmente, concluye que no se viola el artículo 230 de la Carta, según el cual los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

Mediante oficio No. 505 del 21 de septiembre de 1994, el señor Procurador General de la Nación, doctor Orlando Vásquez Velásquez, envió el concepto de rigor en relación con la demanda que se estudia, solicitando a esta Corporación la declaratoria de exequibilidad de la expresión acusada.

En concepto del señor Procurador, con el ensanchamiento de las tareas del Estado contemporáneo más allá de su actitud de gendarme de la sociedad, su intervención requiere progresivamente de la discrecionalidad administrativa con el fin de poder responder con eficacia y oportunidad a los requerimientos cada vez más concretos y cotidianos de los individuos. Los actos discrecionales de la administración no sólo están previstos en la ley, sino que no atentan contra los principios del Estado de derecho.

La discrecionalidad no exime en ningún momento a la autoridad administrativa de actuar en consonancia con el ordenamiento jurídico. Para la doctrina, señala el señor Procurador, existe poder discrecional cuando la ley no determina cuáles son los motivos que inciden en el ejercicio de la competencia que ha creado sino que deja en cabeza del funcionario la facultad de determinar la oportunidad o conducencia de la medida o decisión.

En el caso del aparte acusado del artículo 3° del Decreto 2535 de 1993, sostiene el concepto fiscal que la discrecionalidad allí reconocida está limitada por la propia ley.

En efecto, estima que para la procedencia de la solicitud de permiso de tenencia, como para el porte de armas, el Decreto 2535 de 1993 establece una serie de requisitos sin los cuales los funcionarios competentes para la expedición de permisos no pueden otorgarlos. De la lectura de dichas normas se infiere qué criterios de orden técnico y jurídico deben entrar en juego en la decisión discrecional del funcionario, los cuales constituyen auténticos límites a la discrecionalidad impugnada. De manera tal que si el funcionario competente no los atiende su decisión puede ser cuestionada en el campo del derecho.

Así, la discrecionalidad en cuestión está limitada por el carácter excepcional del permiso concedido el cual se convierte en el mecanismo para hacer

procedente esa excepcionalidad. La regla general es que al Estado le corresponde garantizar la seguridad ciudadana; de allí que él tenga el monopolio de las armas. Lo excepcional, considera, es permitir el uso de éstas en caso de necesidad.

Concluye el señor Procurador General de la Nación para solicitar la exequibilidad de la norma acusada, lo siguiente:

"- *Los actos discrecionales no pueden ser concebidos como actos por fuera del control jurisdiccional. El que exista cierto poder discrecional de la Administración no excluye la posibilidad de los recursos jurisdiccionales, por tanto no saca al acto administrativo cumplido en ejercicio de ese poder de la controversia jurídica, como lo afirma el demandante.*

"- *La discrecionalidad de que goza la administración no puede entenderse como sinónimo de arbitrariedad. La potestad discrecional de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos, ella es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de ciertos límites.*

"- *Por tanto los poderes discrecionales de la Administración han de ejercerse racionalmente, dentro de los límites que fija el derecho. De lo contrario, las decisiones que se adopten serían susceptibles de anulación por la vía jurisdiccional.*

"- *Una de las principales justificaciones y limitaciones que tienen los actos discrecionales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa. Los poderes discrecionales no pueden ejercerse caprichosamente, sino que deben estar inspirados en motivos de interés público*".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. La competencia.

Con base en que la disposición acusada forma parte de un Decreto con fuerza de ley, esta Corporación es competente para decidir definitivamente sobre su constitucionalidad, conforme a lo dispuesto por el numeral 5o. del artículo 241 de la Constitución Política.

Segunda. El Problema Jurídico.

El problema jurídico planteado por el demandante se reduce a examinar si la potestad discrecional de la autoridad competente en expedir los permisos para poseer o portar armas, municiones de guerra y explosivos, viola la Constitución en cuanto es ilimitada, pues el funcionario competente para

expedirlos no está obligado a motivar en derecho las razones de su decisión, "tornándose así en caprichosa y arbitraria".

Para los efectos de definir lo anterior, resulta necesario hacer algunas consideraciones relacionadas con la atribución que tiene la administración con respecto a la posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos, al tenor del ordenamiento constitucional.

1. De la potestad discrecional.

A fin de responder con la mayor eficacia y oportunidad a los requerimientos de los ciudadanos y de la población en general, se hace cada vez más indispensable el incremento de la actividad e intervención estatal. La función administrativa se encuentra dirigida al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad -art. 209 de la Constitución Política-.

De esta manera, la potestad discrecional emanada de la administración para el ejercicio de la función pública y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado deben estar encaminados a la cobertura de dichos principios, pues la facultad discrecional que tiene la administración para el adecuado cumplimiento de la función pública, no es ilimitada, sino que debe estar dirigida a través de los actos administrativos que expida, al logro de los postulados fundados en el buen servicio a la colectividad, en la convivencia pacífica y en la vigencia de un orden justo para la protección de las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y creencias y demás derechos y libertades (CP. art. 2o.).

En desarrollo de los ordenamientos citados, los funcionarios administrativos no gozan en el ejercicio de sus funciones de una potestad absoluta, sino que deben tener en cuenta para el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la Constitución y las leyes de la República.

Ahora bien, conforme lo establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984):

"En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

Ello implica que la potestad discrecional que tienen los agentes de la administración se encuentra limitada por los preceptos de orden superior en la

búsqueda de los fines esenciales del Estado, de que trata el artículo 2o. de la Carta Política.

Es así como de manera general se observa que las actuaciones administrativas están reguladas y limitadas en la forma mencionada. En ciertos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata y la oportunidad para ejercerla, así como el sentido y la finalidad en que debe realizarse y los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio.

En los eventos en que la actuación está regulada, el funcionario u órgano simplemente convierte en acto la facultad atribuída para los efectos de la actuación administrativa. Esta regulación en forma detallada y completa es el ideal en el Estado de derecho, cuyo objetivo fundamental es, como se ha expresado, la protección y prevalencia de los intereses de la comunidad.

Pero una reglamentación rígida y detallada es en la práctica irrealizable, ya que es imposible que la norma prevea y pronostique todas las formas de relaciones y consecuencias de las mismas. Hay situaciones y casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse de hacerlo, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión. En algunas ocasiones, la ley fija únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en práctica la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto márgen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar y juzgar las circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo o para escoger el contenido de su decisión dentro de esos mismos criterios.

En consecuencia, puede afirmarse válidamente que no hay en el Estado de derecho facultades absolutamente discrecionales, porque ello eliminaría la constitucionalidad, la legalidad y el orden justo de los actos en que se desarrollan y acabaría con la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.

En el ejercicio de la potestad reglada hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente para expedir el acto administrativo correspondiente.

De esa manera, puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar

una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley.

A *contrario sensu*, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.

La discrecionalidad no significa como pretende entenderlo el demandante, que el acto cumplido en ejercicio de ese poder no pueda ser suprimido por las normas preexistentes y los postulados enunciados, ni anulado o controvertido judicialmente, ya que en el evento en que éste sea ilegal, bien por razones de incompetencia, vicios de forma, falsa motivación desvío de poder o violación de la ley, deberá así ser declarado por la jurisdicción competente.

Los actos discrecionales están por lo tanto sometidos al control jurisdiccional en ejercicio de las acciones pertinentes, cuando se considera que ellos son violatorios de la Constitución o de la ley. Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó.

No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por *desviación de poder* contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos.

2. De la posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos, a la luz de la Constitución de 1991

En relación con el asunto materia del examen constitucional, el artículo 223 de la Constitución Política establece que:

"Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas.

Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale" (negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Presidente de la República fué revestido por el Congreso de la República de precisas facultades extraordinarias para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, así como para reglamentar la vigilancia y seguridad privada, mediante la Ley 61 de 1993. El artículo 1o. de esa ley dispuso.

"Artículo 1.- De conformidad con el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para los siguientes efectos:

...

d) Señalar las normas sobre clasificación, expedición y revalidación de salvoconductos, para porte y tenencia de armas de fuego.

...".

En la exposición de motivos de la ley de autorizaciones, se indicó:

"B. Finalidad del proyecto.

"Dentro de los programas del Gobierno, el logro de la paz, es quizá el objetivo que reviste la mayor prioridad, para lo cual es preciso diseñar y concretar mecanismos eficaces que conduzcan a eliminar los diversos factores de violencia que se han desencadenado a lo largo de las últimas décadas en el país. Uno de tales mecanismos es precisamente la expedición de una reglamentación adecuada para restringir las armas en poder de la población civil, pues esta inveterada costumbre arraigada en nuestra sociedad, ha dado pa-

so a las funestas prácticas del sicariato, y la justicia privada. Por esta razón, es de imperiosa necesidad adoptar una legislación adecuada y moderna, que garantice un efectivo control de las armas de fuego, limitando su porte, a casos estrictamente necesarios para garantizar la seguridad personal" (negrillas fuera de texto).

Con fundamento en tales facultades, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2535 de 1993, "*por medio del cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos*", cuya constitucionalidad en su artículo tercero es parcialmente cuestionada ante esta Corporación.

3. De la jurisprudencia constitucional existente sobre el porte de armas, municiones de guerra y explosivos.

En relación con el tema que se examina en esta oportunidad, es procedente hacer referencia a la jurisprudencia de esta Corporación y que se prohija en esta oportunidad, concretamente la sentencia No. C-077 de febrero 25 de 1993, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se expresó al revisar la constitucionalidad del Decreto 06 de 1993, "*por el cual se expiden normas sobre el porte de armas, municiones y explosivos y se dictan otras disposiciones*", lo siguiente:

"*5. El único que originaria e incondicionalmente puede poseer y portar armas es el Estado a través de la fuerza pública (CP art. 216) y los miembros de los organismos y cuerpos oficiales de seguridad (CP art. 223) y su uso se circunscribe a los precisos fines y propósitos enunciados en la Constitución y la Ley. Cualquier otra posesión y uso se deriva del permiso estatal. Junto al indicado monopolio, dada la necesidad del permiso para la constitución y circulación de derechos ulteriores sobre las armas y demás elementos bélicos, cabe reconocer una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión. A partir de esta reserva el Estado puede, en los términos de la ley, crear y administrar titularidades privadas, a través de la técnica administrativa del permiso. La propiedad y posesión de los particulares no tiene frente a este conjunto de bienes un valor constitucional originario que pueda oponerse al Estado. Por el contrario, cualquier titularidad proviene de éste y tiene el alcance relativo que pueda en cada caso derivarse de las leyes.*

6. La prohibición de poseer y portar los elementos bélicos enumerados en el artículo 223 de la Constitución Política, que se extiende a todos los miembros de la comunidad, se explica por la necesidad de observar en la vida civil y en su necesaria práctica comunicativa un comportamiento pacífico (CP arts. 95-6 y 22). Este deber tiene múltiples manifestaciones positivas y negativas. Entre ellas baste mencionar la de abstenerse de circular con armas, hacerse justicia por los propios medios y la de colocar a quienes no portan armas en condiciones de debilidad manifiesta (CP. art. 13).

7. La existencia de situaciones de mayor peligro que se predica de ciertas personas y actividades, hace necesaria la dispensa en su caso de la prohibición que pesa sobre la generalidad de poseer y portar armas. El permiso exonera al titular de un interés legítimo del deber de observar dicha prohibición. Las normas positivas que regulan el procedimiento que debe surtirse para obtener el permiso, si bien tienen por objeto identificar y reconocer el interés legítimo del particular, buscan así mismo garantizar a la autoridad la efectiva posibilidad de tutelar el interés público. La discrecionalidad de la autoridad para conceder, supeditar, suspender o revocar los permisos de porte de armas, es una materia que corresponde determinar a la ley. La mayor o menor amplitud - moldeada históricamente de acuerdo con las diversas concepciones del interés público - de la autorización concedida al particular, se origina y se explica por el carácter de monopolio y reserva originaria que sobre los elementos bélicos se reconoce al Estado y la necesidad de precisar los criterios para conceder y administrar en todo tiempo las titularidades privadas derivadas de aquél" (negrillas fuera de texto).

Por su parte, esta misma Corporación en la sentencia No. C-179 de abril 13 de 1994, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, señaló al estudiar el proyecto de ley estatutaria de los "Estados de Excepción", que:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 223 de la Constitución, única y exclusivamente el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Quien desee portar o poseer armas, debe obtener el respectivo permiso de la autoridad competente, el cual no puede extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o simplemente para presenciarlas.

Cabe anotar que los organismos de seguridad y los cuerpos oficiales armados, están autorizados para portar armas, de acuerdo con los principios y procedimientos que expida el Gobierno.

Siendo facultad de la ley el establecimiento de los requisitos necesarios para obtener el permiso para la adquisición y porte de armas, como las obligaciones derivadas de éste, bien puede el legislador de excepción durante el estado de conmoción interior y siempre y cuando las circunstancias de alteración del orden público lo ameriten, suspender dichos permisos...., medidas que se dirigen exclusivamente a lograr la paz y evitar la comisión de hechos ilícitos que de alguna manera perturben la tranquilidad ciudadana.

....".

Tercera. Análisis del Cargo.

De lo anterior se colige con claridad que el legislador sí puede regular los permisos requeridos para la posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos, sin que dicha facultad sea el ejercicio de una actuación arbitraria o caprichosa, ni el desarrollo de una potestad absolutamente discrecional.

El argumento del demandante radica en que la autoridad que dispensa los permisos en virtud de la potestad discrecional que las normas legales le confieren no está obligada a motivar en derecho las razones de su decisión, sustrayéndose de la controversia jurídica con el afectado por cuanto no se le señalan de manera taxativa las condiciones por las cuales el permiso se concede o se niega, por lo que en su criterio, "*el estado de derecho se constituye en una ficción, pues la actuación administrativa de carácter discrecional estará bajo el imperio del capricho omnipotente de quien encarne la autoridad de turno*".

A juicio de la Corte, el régimen de concesión de permisos para poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, contenido en el artículo 3o. del Decreto 2535 de 1993, corresponde a una materia que puede ser adoptada por el legislador, según se desprende de lo prescrito en el artículo 223 de la Constitución Política, al señalar la prohibición de poseerlas o portarlas "sin permiso de autoridad competente", prohibición que está fundada en el derecho a la paz y en el deber de los ciudadanos de propender al logro y mantenimiento de la misma (artículo 95 numeral 6o. de la CP.), con la finalidad del Estado de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2o. CP.).

El grado de discrecionalidad que a las autoridades respectivas se otorga para la expedición de los permisos para poseer o portar armas, municiones de guerra o explosivos, no entraña entonces ningún vicio de inconstitucionalidad.

La discrecionalidad para expedir los permisos correspondientes para posesión o porte de elementos bélicos es una materia que compete desarrollar al legislador. Potestad ésta que en criterio de la Corte no desconoce los principios ni la esencia del Estado de derecho, ni puede entenderse como *un capricho omnipotente de quien encarne la autoridad de turno*, ya que en todo caso la autoridad competente que expide el permiso debe ceñirse a los principios y procedimientos que para el efecto señala la ley.

Y no puede, menos aún, afirmarse que esa potestad discrecional de la autoridad pública excede el ordenamiento superior, ya que es la misma norma constitucional -artículo 223- la que deja en manos de la autoridad competen-

te la facultad, el poder y la atribución de permitir y autorizar la posesión o el porte de armas, municiones de guerra o explosivos. Es decir, se parte de la prohibición *in genere* de poseer o portar dichos elementos bélicos, pero se autoriza de manera excepcional su posesión o porte cuando medie permiso expreso de la autoridad competente.

Se pregunta: ¿cuándo y cómo procede dicha autorización? Para la Corte es el legislador quien debe determinar el procedimiento y los requisitos que se exigen para permitir la posesión o el porte de armas, municiones de guerra o explosivos por parte de la autoridad competente, quien los expide en forma discrecional con el lleno de los requisitos que impone la ley.

En este sentido, comparte la Corte las apreciaciones del señor Procurador General de la Nación, quien advierte que los actos discrecionales de la administración no sólo están previstos en la ley, sino que su posibilidad no atenta contra los principios del Estado de derecho. La discrecionalidad no exime en ningún momento a la autoridad administrativa de actuar en consonancia con el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, radica en la autoridad competente la facultad de determinar y decidir en qué casos o eventos es procedente y viable conceder el permiso para la posesión o el porte de las armas, municiones de guerra o explosivos.

De otro lado, no pueden concebirse, como así lo da a entender el demandante, los actos discrecionales como actos por fuera del control jurisdiccional. En todo caso procederán los recursos jurisdiccionales contra el acto o decisión discrecional que sea arbitrario o contrario a la Constitución o la ley, pues la potestad discrecional de la administración no autoriza ni legitima a la autoridad competente para imponer en forma caprichosa su voluntad.

Sobre el particular, los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo consagran las acciones de nulidad y la de nulidad con restablecimiento del derecho, como los mecanismos idóneos para controvertir o atacar judicialmente el acto que el demandante juzga ilegal, o aquel que es producto de una *supuesta* decisión irregular, arbitraria o caprichosa del funcionario, en cuya cabeza radica la potestad discrecional. Dicha disposición señala que esta acción "*procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió*".

Debe destacar la Corte que del acto administrativo general, impersonal y abstracto, puede predicarse una finalidad genérica que la constituye el interés de la comunidad, ya que el poder público sólo se justifica en función de servicio a la colectividad, y una finalidad específica que será establecida en

cada caso concreto por la ley que asigne la competencia de que se trate, y habrá entonces desviación de poder, cuando este se ejerza desconociendo o bien la finalidad genérica del interés público o bien su finalidad específica, evento en el cual será procedente la acción de nulidad.

Es pertinente finalmente, hacer alusión a lo expresado por el señor Ministro de Defensa Nacional en su memorial de defensa de la constitucionalidad de la norma parcialmente acusada, para quien:

"Las normas del Decreto 2535 de 1993 establecen los requisitos para la obtención de la revalidación del permiso, advirtiendo que la misma resulta procedente cuando se han observado la integridad de las normas previstas en el mencionado estatuto de armas, de donde la discrecionalidad en el otorgamiento de los permisos no es arbitraria ni absoluta, sino que obedece a unos criterios técnicos, sociales, científicos y administrativos, convergentes todos ellos a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado en materia de seguridad pública y la concesión de medios para proveerse a la seguridad privada o de defensa personal.

El artículo 3o. del Decreto 2535 de 1993, no viola el artículo 4o. de la Carta que establece la supremacía frente a la demás normatividad del Estado, ya que lo que desarrolló es el propio postulado consagrado en el artículo 223 de la Constitución Política. De igual manera, la potestad discrecional en materia de expedición de permisos no infringe la Constitución o la ley, sino lo que desarrolla son los principios postulados que garantizan la defensa de las instituciones, los derechos fundamentales y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, entre ellas administrar el monopolio de las armas. No se viola como lo aduce el actor, el derecho a la intimidad personal y familiar al buen nombre, ni el habeas data a que se refiere el artículo 15 de la Constitución, porque al otorgarse o negarse un permiso no se está afectando el buen nombre o la intimidad del solicitante, por cuanto que son razones de seguridad pública y ciudadana... El procedimiento previsto para la expedición de un permiso de tenencia o porte, no viola el debido proceso, ya que no se trata de una actuación administrativa de tipo disciplinario o sancionatorio, sino de un proceso de evaluación regido bajo dos extremos: uno, relacionado con la propia necesidad y justificación de poseer y portar un arma frente a la comunidad, y el otro, el de la actividad general reguladora del Estado, en limitar el porte o tenencia de armas ilimitado en manos de la ciudadanía".

Cuarta. Conclusión.

Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 223 superior, la Carta Política defirió a la ley el desarrollo y reglamentación del uso, posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos. Es pues al Gobierno Nacional a quien corresponde expedir, a través de la autoridad competente, la autorización para portar armas, como así lo consagra la nor-

ma cuyo aparte fue demandado, y que en criterio de esta Corporación es exequible, pues no excede ni vulnera el ordenamiento constitucional.

Como se ha expresado, la Carta Fundamental de 1991 estableció una prohibición a los particulares de portar armas, municiones de guerra y explosivos sin permiso de la autoridad competente, pues de acuerdo con la norma citada, esa facultad es de uso privativo de los "*organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, bajo el control del Gobierno*", siendo el Estado el titular del uso de la fuerza a través de tales organismos, y radicando en él el monopolio constitucional de la fabricación e introducción de los elementos bélicos señalados.

En esa forma, es el mismo Estado quien está habilitado para autorizar de manera excepcional y bajo la potestad discrecional, titularidades privadas de porte y tenencia de armas, municiones de guerra y explosivos; es decir, puede en ciertos y determinados eventos, facultar a los particulares para su posesión y porte mediante la supervisión de la respectiva autoridad como así lo dispone el artículo 223 superior, y lo desarrolló el Decreto 2535 de 1993 en la norma acusada.

En razón de lo anterior, el aparte acusado deberá ser declarado exequible.

Finalmente, respecto a la pretensión del actor de que se declare inconstitucional toda la normatividad que establezca potestades discrecionales, resulta infundada tal pretensión, toda vez que lo discrecional no implica arbitrariedad, como quedó expuesto anteriormente. Además, tendría la Corte de oficio que ampliar la proposición jurídica para cobijar dentro de un mismo cargo gran parte de la normatividad nacional en que se verifiquen potestades discrecionales, lo cual no es procedente al tenor del Decreto 2067 de 1991, razón por la que este cargo no prospera.

VIII. DECISION

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y previos los trámites dispuestos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE la expresión "*...con base en la potestad discrecional...*", contenida en el artículo 3° del Decreto 2535 de 1993.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-038
de febrero 09 de 1995

CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PENAL / IUS PUNIENDI

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

LEGISLADOR FRENTE A LA CONSTITUCION - Facultades y límites / **LIBERTAD DE CONFIGURACION POLITICA DEL LEGISLADOR**

El Legislador tiene frente a la Constitución una relación compleja puesto que ésta es tanto de libertad como de subordinación. El Legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas. Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador. El Legislador puede y debe describir conductas en tipos penales sin que ellas estén prohibidas en forma expresa por la Constitución, cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal. como última ratio. para defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos de las personas. El control constitucional, en este caso, es más un control de límites de la competencia

del Legislador, con el fin de evitar excesos punitivos. No es entonces de recibo el argumento del actor, según el cual, el Legislador habría violado la Carta por penalizar una conducta que no está prohibida directamente por la Constitución, puesto que, como se verá a continuación, la penalización del porte de armas sin permiso de autoridad competente encuentra perfecto sustento no sólo en principios y valores constitucionales sino en la propia regulación que la Carta establece en materia de armas, al consagrar el monopolio de todas ellas en cabeza del Estado.

PORTE ILICITO DE ARMAS - Penalización /
DERECHO PENAL - Teorías peligrosistas

La restricción del porte de armas y la penalización de quienes no se sometan a las regulaciones estatales son entonces un medio del cual se vale el Estado para proteger los derechos de las personas. La razón de ser de un Estado no sólo está en buscar medidas represivas al momento de cometerse un daño, sino en evitar que se profiera el mismo. Así, el control estatal de las armas constituye un marco jurídico de prevención al daño. En Colombia no existe ningún derecho constitucional de las personas a adquirir y portar armas de defensa personal. Un tal derecho no aparece expresamente en ninguna parte del texto constitucional, y sería un exabrupto hermenéutico considerar que se trata de alguno de los derechos innominados que son inherentes a la persona humana (CP art. 94), cuando todos los principios y valores constitucionales se orientan en el sentido de fortalecer el monopolio de las armas en el Estado, como condición de la convivencia pacífica y democrática. En efecto, la Constitución de 1991 estableció un riguroso monopolio de las armas en el Estado, principio que legitima aún más la constitucionalidad del tipo penal impugnado.

MONOPOLIO DE ARMAS / RESERVA ESTATAL SOBRE ARMAS

La disposición constitucional no distingue entre armas de guerra y otro tipo de armas, puesto que el calificativo "de guerra" está únicamente referido a las municiones, pero no a las armas. Igualmente, el pronombre "los" de la segunda oración del artículo (poseerlos o portarlos) se refiere a las tres clases de bienes (todas las armas, todos los explosivos y las municiones de guerra). El monopolio estatal cubre entonces todo tipo de armas y todo tipo de explosivos, por lo cual se equivoca el demandante al creer que ese monopolio se refiere únicamente a las armas de guerra. La Constitución de 1991 amplió el monopolio estatal a todo tipo de armas, por cuanto en el ordenamiento derogado éste se refería únicamente a las armas de guerra. En efecto, el artículo 48 de la anterior Constitución señalaba que "sólo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra. Nadie podrá dentro de poblado llevar armas consigo sin permiso de autoridad competente." Esto

significa que la anterior Constitución admitía la posesión de armas que no fuesen de guerra, aun cuando limitaba su porte dentro de poblado a la obtención del correspondiente permiso de autoridad competente. En cambio, la Constitución de 1991 consagra un régimen más estricto, puesto que no existe la posibilidad de que haya propiedad o posesión privadas sobre ningún tipo de armas. Hay entonces una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión, de suerte que los derechos de los particulares sobre las armas son precarios pues provienen únicamente de los permisos estatales, los cuáles son por esencia revocables.

PORTE DE ARMAS - Permisos

La Constitución de 1991 mantiene el principio general, proveniente de la Constitución de 1886, de que los permisos a los particulares, como regla general, no pueden extenderse a tipos de armas que afecten la exclusividad de las funciones de la fuerza pública.

MONOPOLIO DE ARMAS

La Constitución establece un monopolio de principio en cabeza del Estado sobre todo tipo de armas, pero autoriza la concesión de permisos a los particulares para la posesión y porte de cierto tipo de armas, sin que, en ningún caso, puedan los grupos de particulares sustituir las funciones de la fuerza pública. El Legislador tiene entonces la facultad de regular el tipo de armas de uso civil que los particulares tienen la posibilidad de poseer y portar, previa la tramitación de la licencia o autorización de la autoridad competente. En tales circunstancias, se observa que existe perfecta congruencia entre el tipo penal impugnado y la regulación constitucional de las armas.

PORTE DE ARMAS / FABRICACION DE ARMAS / COMERCIO DE ARMAS

La penalización de la fabricación, comercio y porte de armas sin permiso de autoridad competente, corresponde a una política de Estado adecuada para proteger la vida de los ciudadanos, la cual encuentra perfecto sustento constitucional. En el caso Colombiano, por las condiciones que atraviesa nuestra sociedad, el control a la tenencia de armas resulta indispensable para el sostenimiento de la seguridad pública y la realización efectiva de los derechos de las personas.

Ref.: Demanda No. D-658

Normas acusadas: Artículo 201 (parcial) del Decreto 100 de 1980.

Actor: Alexandre Sochandamandou.

Temas:

- Constitución y política criminal.
- La legitimidad constitucional de la penalización del porte ilícito de armas.
- El monopolio de posesión y porte de armas en el Estado.

Magistrado Sustanciador: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santafé de Bogotá, nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alexandre Sochandamandou presenta demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 201 (parcial) del Decreto Ley 100 de 1980, tal y como fue modificado por el artículo 1° del Decreto Ley 3664 de 1986, la cual fue radicada en esta Corporación con el número D-658.

1. Del texto legal objeto de revisión

El artículo 201 del Decreto 100 de 1980 preceptúa lo siguiente. Se subraya la parte demandada:

ARTICULO 201. *FABRICACION Y TRAFICO DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES. El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte* ***armas de fuego de defensa personal, municiones*** *o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro años y en el decomiso de dicho elemento.*

2. De los argumentos de la demanda

El actor considera que el aparte de la norma demandada viola los artículos 2º, 5º, 11, 12 y 223 de la Constitución Política, con base en los siguientes argumentos:

El demandante considera que el artículo 223 de la Carta se puede interpretar de dos maneras. Según la primera posibilidad hermenéutica, el "pueblo NO puede introducir ni fabricar *ningún tipo de armas*, pero SÍ puede introducir y fabricar todo tipo de municiones *que no sean de guerra*, es decir, municiones que se utilicen en armas de la defensa personal y los deportes". Según la segunda interpretación, que el demandante considera la más lógica, el "pueblo NO puede introducir ni fabricar armas y municiones que sean de guerra, pero SÍ puede introducir y fabricar armas y municiones que se utilicen para la defensa personal y los deportes." Por consiguiente, sugiere el actor, la Constitución no prohibe el porte de armas por los particulares, por lo cual "la simple posesión de un arma para la defensa no puede ser penalizada con cárcel".

En tales circunstancias, considera el actor que como "Colombia vive bajo el poder intimidatorio de la delincuencia común armada, porque los organismos del Estado carecen del poder y la eficiencia para desarmarlos", resulta inconstitucional e injusto que se encarcele a las personas de bien que se provean de un arma para defender su derecho a la vida e integridad personal.

Para justificar este argumento, el actor hace referencia a un grave incidente criminal sucedido en la capital de la República pocos días antes de la presentación de la presente demanda, el cual causó gran conmoción en la opinión pública. Varios delincuentes asaltaron un bus urbano y abusaron sexualmente de algunos pasajeros. En tales circunstancias, el actor se pregunta: ¿que habría ocurrido en una situación semejante, si hubiera existido la posibilidad de que todas las personas del bus estuviesen armadas, por ser el porte de armas para la defensa un derecho del ciudadano común? Según su criterio, en tal hipótesis, los pasajeros hubieran controlado fácilmente a los integrantes de las banda delincuencial.

El ciudadano Sochandamandou reconoce que, conforme a la norma impugnada, "las personas pueden armarse con el permiso de la autoridad competente". Sin embargo, según su criterio, "la tramitología y la falta de honradez en el uso de las facultades discrecionales de quien concede el permiso, pueden hacer oneroso, imposible o tardío este derecho."

Además, el actor considera que "como lo que no esté prohibido por la Constitución está permitido, la norma atacada viola los artículos 2º, 5º, 11 y

12 de la Constitución Nacional." Con base en todo ello, el demandante concluye que la "ley solamente debe penalizar a quien use armas para cometer delitos", pues la "posesión de un arma por sí sola no atenta contra el interés general".

3. Intervención de Autoridades Públicas

3.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

El ciudadano Néstor Humberto Martínez Neira, Ministro de Justicia y del Derecho, interviene en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad del aparte demandado del artículo 201 del Decreto 100 de 1980.

El ciudadano hace un análisis del artículo 223 de la Constitución Política y concluye que la prohibición que éste establece es genérica, pues incluye todo tipo de armas, y no sólo las armas de guerra como equivocadamente lo cree el demandante. Por ende, cualquier disposición legal que desarrolle la prohibición de fabricar e introducir armas por parte de personas distintas al Gobierno resulta ajustada a la Constitución. Igualmente, considera el ciudadano interviniente, "que toda disposición que prohiba el porte de armas de cualquier tipo y lo sujete a una autorización previa se ajusta al artículo 223 de la Constitución Nacional". Con base en tales criterios, el ciudadano estudia el tipo penal demandado y concluye que éste responde al contenido del artículo 223 de la Carta.

De otro lado, según el ciudadano Martínez Neira, no es de recibo la tesis del demandante según la cual sólo pueden ser penalizadas las prohibiciones constitucionales. Explica el argumento diciendo que "el legislador puede y debe describir conductas en tipos penales sin que ellas estén prohibidas en forma expresa por la Constitución, cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal como última ratio para defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos del conglomerado."

En ese orden de ideas, el ciudadano Martínez Neira, en su condición de Ministro de Justicia y del Derecho, considera que resulta imposible determinar a priori -como lo sugiere el demandante- la eventual utilización de un arma. Eso explica que el tipo penal no cualifique el sujeto activo, con el fin de prevenir la utilización de las armas para cometer otros delitos, pues "portar un arma amenaza -per sé- los derechos de otros, precisamente ante la posibilidad real de su uso". Por consiguiente, el tipo penal impugnado constituye "un mecanismo a través del cual el Estado pretende precaver la comisión de ilícitos por medio de la utilización de armamento, a fin de cumplir sus fines

asegurando la convivencia pacífica entre los ciudadanos, proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, bienes y demás derechos de que son acreedores."

El señor Ministro asevera que "la posibilidad de legitimar el porte de armas con el argumento de que sirven para la defensa personal, no constituye cosa diferente de hacer justicia por la propia mano, trasladando al particular la tarea estatal de protección de los derechos."

Por lo anterior, el ciudadano Néstor Humberto Martínez Neira, en su condición de Ministro de Justicia y del Derecho, solicita que se declare la constitucionalidad del texto legal en estudio.

3.2. Intervención del Ministro de Defensa Nacional

El ciudadano Fernando Botero Zea, Ministro de Defensa Nacional, interviene en el proceso y señala que "el constituyente ha entendido, y así lo consignó en la Carta, que el compromiso de la paz como derecho y deber social de obligatorio cumplimiento se cumple mediante la concesión al propio Estado del manejo de las armas. El ejercicio de los derechos y libertades públicas no se garantiza armando a la sociedad civil para que por su propia mano los ejerza; los únicos que legítimamente pueden utilizar los medios armados son las autoridades legítima y constitucionalmente habilitadas para ello, dentro del marco legal y con la responsabilidad que ello comporta."

Afirma el ciudadano Botero Zea que "no existe, entonces, el derecho al acceso a las armas, sino el derecho y deber a la paz, la coexistencia racional y pacífica, la ayuda mutua en el cabal cumplimiento de los deberes cívicos y sociales y el rechazo a toda forma de violencia que atente contra el ejercicio de la tranquilidad ciudadana, el goce de los derechos y el respeto a un orden justo."

El ciudadano, en su condición de Ministro de Defensa Nacional, cita en su intervención el documento "Seguridad para la Gente" del programa de Estrategia Nacional contra la Violencia adoptado el Gobierno Nacional, en el cual se enfatiza que "la mayoría de los homicidios (cerca del 80%) hacen parte de una violencia cotidiana entre ciudadanos, no directamente relacionada con organizaciones criminales". Además, según tal documento, "la presencia de armas de fuego en situaciones de conflicto cotidiano entre individuos agrava los hechos y tiende a agravar las probabilidades de desenlaces fatales". Concluye entonces el ciudadano interviniente que el "mal ejercicio en el manejo y uso de las armas hizo necesario adoptar toda una política integral de desarme en la población y sobre el control de las armas, con el fin de prevenir accidentes fatales e irreparables."

Por lo anterior el ciudadano Fernando Botero Zea, en su condición de Ministro de Defensa Nacional, solicita que se declare la constitucionalidad del texto legal en estudio.

4. Del concepto del Procurador General de la Nación

La Vista Fiscal solicita a la Corte Constitucional, en su concepto de rigor, declarar la exequibilidad del aparte del artículo 201 del Decreto 100 de 1980, con fundamento en los siguientes argumentos:

El Ministerio Público considera que "la proposición del demandante implica una abierta invitación al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado, consagrado en el artículo 2º. de la Carta, como es el de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en el Estatuto Fundamental; así como a desconocer la finalidad fundamental asignada por dicha Carta a las autoridades de la República, en el mismo artículo constitucional citado, cuando allí se prescribe que dichas autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida y demás derechos allí enunciados."

Así mismo, expresa el Procurador General de la Nación que "la Constitución de 1991 no se limita a establecer al Poder Público los límites de su accionar, sino que le ha impuesto igualmente, el deber político a ese poder de crear las condiciones para que se instituya un orden político, social y económicamente justo, como de manera explícita se preceptúa en el mencionado Preámbulo y en su artículo segundo. Es por ello, que nuestra Constitución se convierte en un programa de lo que el Estado debe hacer, para crear condiciones más justas, las cuales el poder político tiene la obligación jurídica de alcanzar." Por ello, según el Ministerio Público, la Constitución plantea un proyecto de Estado como una construcción progresiva de un monopolio de la administración de justicia y del ejercicio legítimo de la coacción, como presupuestos de la paz y de la convivencia pluralista, por lo cual, "la renuncia, en nombre de la ineficacia relativa, a dicha articulación como proceso de monopolización, comporta la renuncia a la estatalidad misma". El desarme de la población es entonces una política que armoniza plenamente con los principios y valores constitucionales, puesto que el Estado existe políticamente como monopolio legítimo y eficaz de la coacción y de la justicia. En cambio, según el concepto fiscal, "la concepción del actor sobre el tema en estudio va en la peligrosa dirección de dejar en manos privadas la utilización de la fuerza para la resolución de los conflictos de diversa índole que tienen existencia en el seno de la sociedad colombiana."

Además, considera la Vista Fiscal, que el actor parte de un presupuesto teórico equivocado, pues considera que la disposición ausencia de control

estatal al porte de armas contribuye a une mejor convivencia entre los ciudadanos, en tanto cada cual puede obtener con ella, en igualdad de condiciones, la defensa de su vida y de su integridad. Sin embargo, señala el Procurador, este libre acceso a las armas "genera justamente lo contrario: desigualdad y opresión. Los diversos factores que históricamente han incidido en la acumulación de medios e instrumentos de violencia en cabeza de los más fuertes, favorecen la estructuración de condiciones de inequidad y despotismos particulares, en perjuicio de los débiles". Esto es aún más cierto en Colombia, pues las poderosas organizaciones armadas que existen en el país verían reforzado su control político y social, si se erosiona aún más el monopolio de las armas en el Estado. En cambio, "el desarme generalizado, hacia el cual deben orientarse las estrategias estatales en esta materia, dejaría a todos lo habitantes del país, en condiciones de igualdad y libertad".

Finalmente, el Ministerio Público advierte que de "prosperar argumentaciones como las aquí analizadas, conductas delictivas como el narcoterrorismo, la subversión, el paramilitarismo y las vindictas públicas, encontrarían allanado el camino para su nefasta ampliación con las graves consecuencias de hacer más precaria la existencia misma de los ciudadanos y deslegitimar a las autoridades encargadas de preservar el orden y la tranquilidad."

En ese orden de ideas, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del aparte acusado del artículo 201 del Decreto 100 de 1980.

Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia

1- Conforme al artículo 241 ordinal 5º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 201 (parcial) del Decreto 100 de 1980, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3664 de 1986, ya que se trata de la demanda de un ciudadano contra un aparte de un decreto ley, como el que se acusa en este caso.

El asunto bajo revisión y los temas jurídicos a tratar

2- Según el demandante, la norma acusada es inconstitucional, por cuanto la Carta no restringe la posesión ni el porte de armas para la defensa perso-

nal. Según su interpretación, el artículo 223 superior establece el monopolio estatal para la importación y fabricación de armas y municiones de guerra, pero tal monopolio no cobija a las armas y municiones que no son de guerra. Por consiguiente, sugiere el actor, el porte y posesión de estas últimas no requiere del permiso de autoridad competente, por lo cual la norma acusada resulta inexequible por las siguientes dos razones: de un lado, por cuanto aquello que no está prohibido por la Constitución está permitido a los ciudadanos. Y, de otro lado, porque en una situación de alta criminalidad como la colombiana, las personas tienen derecho a armarse para enfrentar a la delincuencia, si el Estado se muestra incapaz de defenderlas.

En cambio, según los ciudadanos intervinientes y el Ministerio Público, la penalización del porte de armas sin permiso de autoridad competente es constitucional, por cuanto no existe ningún derecho ciudadano al acceso a las armas, ya que el monopolio de las mismas está en cabeza del Estado. Además, esta política de penalización es un medio legítimo para que el Estado defienda valores y principios constitucionales esenciales, como la vida y la convivencia pacífica. Por ello consideran estos intervinientes que la posición del actor deja en manos privadas la utilización de la fuerza para la resolución de los conflictos, lo cual no sólo agrava la violencia sino que, además, afecta el goce de los derechos de las personas y erosiona la propia legitimidad de las autoridades para preservar el orden y la tranquilidad.

Como vemos, el estudio de la constitucionalidad de la norma demandada comporta el análisis de varios temas relacionados pero diversos. De un lado, encontramos el problema de la relación entre la Constitución y la política criminal del Estado, o si se quiere, entre el derecho constitucional y el derecho penal, puesto que el demandante argumenta que como la Constitución no prohibe el porte armas de defensa personal por los ciudadanos, este porte es un derecho constitucional que no podía ser desconocido por la ley penal. De otro lado, la Corte avocará el estudio de la legitimidad constitucional del tipo penal impugnado, lo cual la llevará a estudiar los valores constitucionales que se pueden ver afectados por el porte ilícito de armas, así como la regulación específica de las armas en el régimen constitucional colombiano.

Constitución y política criminal

3- El actor considera que todo aquello que no está prohibido por la Constitución es un derecho ciudadano, por lo cual no podía la ley penal penalizar la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, distribución, venta, suministro, reparación o porte de armas de fuego de defensa personal o municiones.

La Corte no comparte el criterio del demandante. Es cierto que es un principio general del Estado de derecho, reconocido por la Constitución (CP art. 6º), que a los particulares les está permitido hacer todo aquello que no está prohibido por el ordenamiento jurídico. Pero ello no significa que las únicas prohibiciones que existen en el ordenamiento jurídico colombiano son las prohibiciones constitucionales. En efecto, conviene tener en cuenta que las normas constitucionales, y en particular aquellas que establecen limitaciones a los derechos constitucionales, pueden tener estructuras diferentes. Así, en algunos casos, la Constitución, como norma de normas, directamente establece mandatos o prohibiciones de conducta, ya sea a los ciudadanos, ya sea a los poderes constituidos, mientras que en otras oportunidades la Carta opera como un sistema de fuentes y simplemente determina cual es la autoridad a quien compete establecer en concreto un mandato o una prohibición específica. Es pues necesario distinguir las normas constitucionales de competencia -que delimitan cuáles son las autoridades encargadas de dictar las restricciones- de las normas constitucionales que directamente establecen mandatos y prohibiciones a los ciudadanos o a los poderes constituidos. Las segundas restringen los derechos, mientras que las primeras fundamentan la restringibilidad de los derechos, ya que establecen la posibilidad jurídica de que una determinada autoridad establezca una restricción.[1].

4- Esto es claro en materia penal, puesto que si bien la Carta de 1991 constitucionalizó, en gran medida, el derecho penal[2], lo cierto es que el Legislador mantiene una libertad relativa para definir de manera específica los tipos penales (CP arts 28 y 29).

Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de

---

1. Al respecto, ver Robert Alexy. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp 272 y 273.

2. Ver, por ejemplo, Sentencia C-127/93. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente.

Dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal, que corresponden a orientaciones distintas en la materia. Esto es perfectamente compatible con el carácter democrático de la Constitución y el reconocimiento del pluralismo político que implica la alternancia de mayorías políticas. Las leyes no son entonces siempre un desarrollo de la Constitución sino que son, en muchas ocasiones, la concreción de una opción política dentro de los marcos establecidos por la Carta: son pues un desarrollo dentro de la Constitución, ya que la Carta es un marco normativo suficientemente amplio, de suerte que en él caben opciones políticas y de gobierno de muy diversa índole.

Esto es claro porque el Legislador tiene frente a la Constitución una relación compleja puesto que ésta es tanto de libertad como de subordinación. El Legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador. Esta Corporación ya había señalado con claridad al respecto:

" *Es propio de una constitución democrática y pluralista como la Colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación. De otra parte, no podría pretender la Constitución ser eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad si la amplitud de la materia que abarca, no pudiera remitirse a las normas abiertas que la integran y que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad.*

La relación de la ley con la Constitución no puede, en consecuencia, ser análoga a la existente entre la ley y el reglamento. El legislador, en estricto rigor, no ejecuta la Constitución sino que actúa y adopta libremente políticas legales - que en el tiempo pueden incluso ser contrarias entre sí en desarrollo del principio básico del pluralismo - y lo hace dentro de los marcos y espacios

de actuación que la Carta habilita para el efecto y siempre que no la quebrante"[3].

Todo lo anterior muestra que el Legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, siempre que al hacerlo respete los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución. En efecto, como bien lo señala uno de los ciudadanos intervinientes, el Legislador puede y debe describir conductas en tipos penales sin que ellas estén prohibidas en forma expresa por la Constitución, cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal. como última ratio. para defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos de las personas. El control constitucional, en este caso, es más un control de límites de la competencia del Legislador, con el fin de evitar excesos punitivos. No es entonces de recibo el argumento del actor, según el cual, el Legislador habría violado la Carta por penalizar una conducta que no está prohibida directamente por la Constitución, puesto que, como se verá a continuación, la penalización del porte de armas sin permiso de autoridad competente encuentra perfecto sustento no sólo en principios y valores constitucionales sino en la propia regulación que la Carta establece en materia de armas, al consagrar el monopolio de todas ellas en cabeza del Estado.

La legitimidad de la penalización de la fabricación, comercio y porte de armas sin permiso como protección de valores constitucionales

5- Entra entonces la Corte a analizar el tipo penal demandado. Este establece una sanción a toda persona que, sin permiso de autoridad competente, importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal o municiones. Varios aspectos de este delito merecen ser destacados.

De un lado, la descripción penal recae sobre unos objetos específicos: las armas de fuego que, al tenor de los artículos 5º y 6º del Decreto 2535 de 1993, son todos aquellos instrumentos fabricados con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona, y que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química.

De otro lado, esta penalización de diversas conductas asociadas con las armas de fuego se encuentra en el Código Penal, en el título de los "Delitos contra la seguridad pública", en el capítulo sobre "delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infraccio-

3. Corte Constitucional. Sentencia C-531/93 del 11 de noviembre de 1993. MP: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

nes". Es pues un tipo penal pluriofensivo, por cuanto la tipificación de la conducta busca defender varios bienes jurídicos, y por ende varios intereses, como la vida e integridad corporal de las personas, el patrimonio, y el orden público o seguridad pública.

Finalmente, el elemento normativo esencial de este tipo penal es la ausencia de licencia o autorización estatal, puesto que de allí deriva la ilicitud de la conducta del agente. Este delito se caracteriza entonces por ser un tipo penal de mera conducta, pues la ley sanciona la simple tenencia ilegítima de las armas y municiones, o la realización de las otras conductas descritas por los verbos rectores, cuando ellas se realizan sin el permiso correspondiente. Es pues un tipo de peligro ya que penaliza conductas que simplemente amenazan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El Legislador no espera a que se afecte el bien jurídico protegido para sancionar al infractor, sino que define conductas que considera que tienen suficiente entidad para ponerlo en peligro y anticipa así la protección.

En tales circunstancias, el interrogante que se plantea es si encuentra sustento constitucional tal exigencia de permiso, bajo la amenaza de sanción penal, para que un particular pueda fabricar, comerciar o portar arma. En efecto, según el demandante, ella es contraria a la Carta porque existe en la Constitución, tácitamente, un derecho de la persona para adquirir, poseer y portar armas de defensa personal. Para responder a tal interrogante, la Corte procederá a estudiar la razón de ser de la penalización del porte de armas en el Estado de derecho.

6- El Estado moderno es aquella institución que aspira a lograr el monopolio eficaz y legítimo de la coacción en un determinado territorio: con ello se busca evitar los peligros que, para la convivencia social, implica la multiplicación de poderes armados privados. El Estado moderno pretende ser así la negación de la hipótesis hobesiana de la existencia de una guerra de todos contra todos, en el estado de naturaleza, pues es deber del Estado mantener la convivencia pacífica e instaurar un sistema jurídico-político estable, para constituir la protección a la vida como una de las obligaciones del gobernante sin las cuales no es posible la continuidad de la comunidad.

Esta especificidad del Estado moderno explica además ciertos rasgos fundamentales del derecho. En efecto, las normas jurídicas que integran un Estado de derecho se caracterizan no sólo por el hecho de que ellas pueden ser impuestas por la fuerza sino, además, porque regulan el uso de la fuerza. Esto significa que la amenaza de la fuerza no es sólo un elemento distintivo del derecho sino que la fuerza misma es objeto de la reglamentación jurídica. Por medio de esa doble relación con la fuerza, el derecho en general, y el derecho constitucional en particular, cumplen su función garantista, pues aseguran que la coacción no podrá ser utilizada sino en los casos y modos

permitidos por el orden jurídico. El derecho sólo puede asegurar al individuo una esfera de libertad y protección contra la violencia a condición de reprimir, incluso con la fuerza, aquellas actividades violentas de los demás individuos que vulneran esa órbita de libertad[4].

Todo ello está directamente relacionado con el tema de la fabricación, comercio y porte de armas, puesto que un arma, por esencia, es un objeto susceptible de herir o matar, como lo demuestra la definición legal citada en el anterior numeral. Incluso las llamadas "armas de defensa personal" mantienen ese carácter, puesto que su poder defensivo deriva de su potencial ofensivo. Así, un objeto que sirve para que una persona se defienda, pero que no le permite herir o matar al agresor no es, en sentido estricto, un arma. Las armas están entonces indisolublemente ligadas con la violencia potencial y la coacción.

Esto explica entonces la *ratio legis* o finalidad objetiva de la norma impugnada. En efecto, el Legislador, al incriminar tal conducta, partió de "*ese peligro presunto, ese riesgo mediato inherente a la posesión de instrumentos idóneos para poner en peligro la vida e integridad de los particulares, el patrimonio o la pacífica y normal convivencia de la comunidad.*"[5] Los Estados se fundamentan entonces para penalizar tales conductas en el riesgo que para la vida, la paz y la integridad de las personas está asociado a una disponibilidad irrestricta de armas para los asociados. Y lo cierto es que la mayoría de los estudios empíricos confirman que existe una importante relación entre una mayor violencia y una mayor posesión y porte de armas entre los particulares. Así lo muestra una breve comparación de la diversidad internacional de niveles de violencia homicida entre países en donde el acceso a las armas de fuego es fácil -como los Estados Unidos- y aquellos en donde este mercado está estrictamente controlado -como los países europeos-. Mientras que el primero es el país industrializado con mayores tasas de homicidio, las cuales han sido cercanas a 10 por 100.000 habitantes, en países como Francia o Gran Bretaña esta tasa ha sido tradicionalmente diez veces inferior[6].

En tales circunstancias, resulta iluso argumentar, como lo hace el demandante, que el Estado sólo puede legítimamente controlar el uso de las armas que están destinadas a agredir o cometer delitos, puesto que las armas de defensa personal mantienen su potencial ofensivo, y resulta imposible determinar, con certeza, cual va a ser su empleo efectivo. En efecto, si un arma de defensa no fuera susceptible de herir o matar a otra persona dejaría de ser

---

4. Cf Giuseppe Lumia. Principios de teoría e ideología del derecho. Madrid: Debate, 1973, pp 19 y ss.

5. Díaz- Marato y Villarejo Julio. El delito de Tenencia ilícita de armas de fuego. Editorial Carejo. Madrid. 1987.

6. Cf PNUD Desarrollo Humano, informe 1992. Bogotá: PNUD, Tercer Mundo 1992, Tabla 28.

un arma. Su posesión implica pues riesgos objetivos. Así, numerosos estudios han concluido que la defensa efectiva de la vida mediante el porte de armas defensivas no sólo es de una eficacia dudosa sino que, además, el número de personas que mueren accidentalmente por la presencia de tales armas entre los particulares es muy alto. Así, la Asociación Médica Estadounidense ha mostrado que los riesgos de quienes poseen armas para la defensa personal aumentan considerablemente. Según esta institución, la mayoría de las personas justifica la posesión de tales armas, por la necesidad de defenderse contra los delincuentes y las agresiones. Sin embargo, lo cierto es que estas personas tienen 42 veces más de posibilidades de resultar muertos por esas armas, o de matar a algún familiar con ellas, que de usarlas efectivamente contra un agresor. Además, según esta entidad, hay doce veces más de probabilidad de que terminen en muerte las peleas domésticas en aquellos hogares en donde existen armas de fuego[7].

Esto es aún más claro en el caso colombiano puesto que, como lo señalan tanto los documentos oficiales como numerosas investigaciones académicas, una parte sustantiva del aumento de la violencia homicida está ligada a la amplia disponibilidad de armas de fuego en la población. Así, según un análisis gubernamental:

"Las estadísticas revelan que el incremento en el nivel de homicidios del país está relacionado con una mayor utilización de armas de fuego. Hoy más del 80% de los homicidios se producen con ese tipo de armas. Además ellas constituyen la principal causa de muerte en Colombia, por encima de las enfermedades cardíacas y el cáncer...

En rigor, las armas de fuego no son causantes de la violencia, sino que la hacen más letal. Una efectiva política de control al porte de armas contribuye, entonces, a disminuir el número de muertes violentas.."[8]

Además, la protección que ofrece a los ciudadanos el armamentismo privado es ilusoria, o reposa en una defensa privilegiada de determinados sectores sociales, en detrimento del principio de igualdad. En efecto, si sólo unas pocas personas se encuentran fuertemente armadas, es indudable que ellas se encuentran mejor protegidas. Pero las otras personas perciben su vulnerabilidad frente a aquellos que poseen recursos bélicos, por lo cual tenderán también a armarse. Solamente volverá a restablecerse la igualdad, y una cierta seguridad, en caso de que se logre un hipotético equilibrio, en el cual to-

---

7. Citado por "Report on Gun violence" en Historic Documents of 1992. Washington D.D, Congressional Quaterly, 1993, p 83.

8. Palabras del Presidente Cesar Gaviria Trujillo, en la sanción presidencial de las leyes del Estatuto Orgánico de la Policía Nacional y de las normas de control de armas, municiones, explosivos y reglamento de la vigilancia privada. Agosto 12 de 1993.

das las personas se encuentren igualmente armadas. Pero lo cierto es que en este punto, el nivel de seguridad colectiva será inferior a aquél que existía al momento inicial en el que nadie estaba armado[9]. Por ello la Corte coincide con las reflexiones del Procurador y de los otros intervinientes sobre el efecto perjudicial que el libre acceso a las armas tiene no sólo sobre la seguridad sino también sobre la igualdad entre los colombianos, puesto que ello generaría una escalada armamentista o una acumulación de medios de violencia en los sectores más poderosos de la sociedad, mientras que la mayoría de la población se encontraría en una situación de desprotección creciente.

7- El anterior análisis conceptual muestra entonces que es absurdo que un Estado de derecho admita la existencia de un derecho fundamental a que los particulares posean o porten, sin ninguna posibilidad de control estatal, armas de defensa personal, puesto que ello niega la idea misma de lo que es un Estado constitucional y un ordenamiento jurídico.

Incluso en los Estados Unidos, tal vez el país con el régimen de control de armas más laxo del mundo, la doctrina jurídica y la jurisprudencia constitucional no admiten que exista un derecho constitucional individual a las armas. Es cierto que la segunda Enmienda de la Constitución de ese país puntualiza que "*una milicia bien regulada es necesaria para un Estado libre, por lo tanto el derecho de la gente para portar y guardar armas no puede ser restringido*". *Sin embargo,* la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el fallo Estados Unidos contra Miller, proferido en 1939, interpretó esta enmienda, dentro de un marco restrictivo de la libertad de porte y comercio de armas. Así, ese derecho se enmarca dentro de la obligación de propugnar la defensa común, esto es, el derecho a la tenencia de armas es un derecho colectivo, y se garantiza para la seguridad del Estado, por lo cual el derecho individual del porte de armas no está garantizado por la Constitución. Esa doctrina ha sido reiterada en posteriores decisiones. Así, en el fallo Cases contra USA, en 1943, ese mismo tribunal dijo que "el gobierno federal puede limitar el uso y porte de armas, por un simple individuo, así como por un grupo de individuos".

Es natural entonces que los Estados, con el fin de mantener condiciones mínimas de convivencia, se reserven el derecho de restringir el acceso y el uso de las armas de defensa personal y las municiones, debido al potencial ofensivo que éstas tienen. Es pues perfectamente legítimo que el Estado someta su fabricación, comercio o porte a permisos previos, ya que, de esa manera, el Estado regula el uso legítimo de la coacción. E igualmente es razonable que el Legislador tipifique como delito el comportamiento de quie-

---

9. Cf Jorge Orlando Melo. Algunas consideraciones sobre el control de las armas privadas, sus antecedentes históricos y sus efectos. Bogotá: mimeo, 1994.

nes incumplan estas regulaciones estatales, pues así el Estado garantiza la seguridad individual, reprimiendo las conductas de quienes ponen en riesgo la vida y seguridad de los asociados.

Esto explica que la mayoría de los países consideren el porte de armas como una actividad de riesgo que debe ser controlada de cerca por el Estado, y penalicen de alguna forma la tenencia de armas que no esté autorizada por la autoridad competente. Así lo hace, por ejemplo, el artículo 254 del Código Penal Español. Igualmente, el Código Penal Italiano establece como contravención, en el artículo 699, el " porte abusivo de armas." .

Lo anterior muestra que la penalización de conductas como las descritas por el artículo 201 del Código Penal encuentra perfecto sustento en la idea misma de Estado constitucional de derecho. En efecto, de esa manera el Estado, lejos de poner en peligro el derecho a la vida y a la integridad de los ciudadanos -como equivocadamente lo cree el demandante-por el contrario, busca protegerlos en mejor forma, al intentar disminuir los riesgos que derivan de un proceso generalizado de armamentismo .

De otro lado, conviene precisar que el Estado colombiano no está implementando una política criminal peligrosista, la cual podría ser contraria a los principios de dignidad humana (CP art. 1.), al penalizar estas conductas y ser estos delitos de aquellos que la doctrina denomina tipos penales de simple peligro y de mera conducta. En efecto, lo propio de una concepción peligrosista en materia penal es que la ley sanciona la personalidad misma del delincuente o criminaliza situaciones sociales que de manera muy hipotética son susceptibles de generar criminalidad. En cambio, en este caso, la ley penaliza una conducta culpable de un agente quien, por medio de su comportamiento, está poniendo en peligro bienes jurídicos fundamentales, por la razonable y comprobada relación que existe entre la disponibilidad de armas y la violencia. La restricción del porte de armas y la penalización de quienes no se sometan a las regulaciones estatales son entonces un medio del cual se vale el Estado para proteger los derechos de las personas. La razón de ser de un Estado no sólo está en buscar medidas represivas al momento de cometerse un daño, sino en evitar que se profiera el mismo. Así, el control estatal de las armas constituye un marco jurídico de prevención al daño.

8- En el caso colombiano, la legitimidad constitucional de la norma impugnada es aún más clara, pues la Constitución de 1991 fue concebida, en gran medida, como un tratado de paz entre los colombianos, con el fin de superar tradiciones de violencia y construir una convivencia pacífica y pluralista.

Esta filosofía impregna toda la Carta. Así, el preámbulo, como postulado que enmarca el propósito de la norma constitucional, dispone que " el pue-

blo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y **asegurar a sus integrantes la vida..**" (negrillas fuera del texto). Constituye entonces la conservación de la vida uno de los principios rectores de nuestra Constitución. Igualmente, el artículo 22 de la Carta consagra que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, lo cual supone que el Estado no debe tolerar, ni menos aún, estimular situaciones de violencia. Ya con anterioridad esta Corporación había señalado al respecto: .

La Constitución de 1.991, que nació por la voluntad del pueblo de hacer cesar la situación sangrienta y de desorden público que viene sufriendo el país, consagró en el artículo 22 ese anhelo como un derecho constitucional fundamental: ***"La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento".***

...

La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales. El lugar central que ocupa en el ordenamiento constitucional llevó a su consagración como derecho y deber de obligatorio cumplimiento.[10]"

Esos elementos normativos, y las consideraciones teóricas anteriores, ya son, de por sí, suficientes para establecer la constitucionalidad de la norma impugnada. Ellos muestran que en Colombia no existe ningún derecho constitucional de las personas a adquirir y portar armas de defensa personal. Un tal derecho no aparece expresamente en ninguna parte del texto constitucional, y sería un exabrupto hermenéutico considerar que se trata de alguno de los derechos innominados que son inherentes a la persona humana (CP art. 94), cuando todos los principios y valores constitucionales se orientan en el sentido de fortalecer el monopolio de las armas en el Estado, como condición de la convivencia pacífica y democrática. En efecto, como se verá a continuación, la Constitución de 1991 estableció un riguroso monopolio de las armas en el Estado, principio que legitima aún más la constitucionalidad del tipo penal impugnado.

El monopolio de las armas en el Estado

9- Entra entonces la Corte a estudiar la regulación constitucional en materia de armas y de uso de la fuerza. Así, el artículo 223 de la Carta dispone:

---

10. Sentencia T-102/93. MP: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

"Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas

Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale."

Esta norma establece un monopolio gubernamental de las armas, las municiones de guerra y los explosivos, el cual tiene dos componentes diversos: de un lado, la Constitución consagra el manejo exclusivo del Estado en relación con la introducción y fabricación de estos elementos; y, de otro lado, la norma prohibe que los particulares posean y porten armas, municiones de guerra y explosivos, salvo que obtengan el correspondiente permiso. Así, al declarar constitucional el artículo 3º (parcial) del Decreto 2535 de 1993, esta Corte había señalado al respecto:

"Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 223 superior, la Carta Política defirió a la ley el desarrollo y reglamentación del uso, posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos. Es pues al Gobierno Nacional a quien corresponde expedir, a través de la autoridad competente, la autorización para portar armas"[11].

10- Ahora bien, la disposición constitucional no distingue entre armas de guerra y otro tipo de armas, puesto que el calificativo "de guerra" está únicamente referido a las municiones, pero no a las armas. Igualmente, el pronombre "los" de la segunda oración del artículo (poseerlos o portarlos) se refiere a las tres clases de bienes (todas las armas, todos los explosivos y las municiones de guerra). El monopolio estatal cubre entonces todo tipo de armas y todo tipo de explosivos, por lo cual se equivoca el demandante al creer que ese monopolio se refiere únicamente a las armas de guerra.

La Constitución de 1991 amplió el monopolio estatal a todo tipo de armas, por cuanto en el ordenamiento derogado éste se refería únicamente a las armas de guerra. En efecto, el artículo 48 de la anterior Constitución señalaba que "sólo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra. Nadie podrá dentro de poblado llevar armas consigo sin permiso de autoridad competente." Esto significa que la anterior Constitución admitía la posesión de armas que no fuesen de guerra, aun cuando limitaba su porte

---

11. Corte Constitucional. Sentencia C-031 del 2 de febrero de 1995. M.P: Dr. Hernando Herrera Vergara.

dentro de poblado a la obtención del correspondiente permiso de autoridad competente. En cambio, la Constitución de 1991 consagra un régimen más estricto, puesto que no existe la posibilidad de que haya propiedad o posesión privadas sobre ningún tipo de armas. Hay entonces una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión, de suerte que los derechos de los particulares sobre las armas son precarios pues provienen únicamente de los permisos estatales, los cuáles son por esencia revocables. Ya esta Corporación se había pronunciado sobre el punto, así:

"El único que originaria e incondicionalmente puede poseer y portar armas es el Estado a través de la fuerza pública (CP art. 216) y los miembros de los organismos y cuerpos oficiales de seguridad (CP art. 223) y su uso se circunscribe a los precisos fines y propósitos enunciados en la Constitución y la Ley. Cualquier otra posesión y uso se deriva del permiso estatal. Junto al indicado monopolio, dada la necesidad del permiso para la constitución y circulación de derechos ulteriores sobre las armas y demás elementos bélicos, cabe reconocer una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión. A partir de esta reserva el Estado puede, en los términos de la ley, crear y administrar titularidades privadas, a través de la técnica administrativa del permiso. La propiedad y posesión de los particulares no tiene frente a este conjunto de bienes un valor constitucional originario que pueda oponerse al Estado. Por el contrario, cualquier titularidad proviene de éste y tiene el alcance relativo que pueda en cada caso derivarse de las leyes"[12].

11- Es obvio además que la concesión de permisos a los particulares para la posesión y porte de armas no puede extenderse, como principio general, a las armas de guerra, puesto que el artículo 223 de la Carta debe ser interpretado en armonía con las otras normas que regulan la utilización de la fuerza, y en particular con el artículo 216, el cual establece que "la fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional" (subrayas no originales). Ahora bien, es propio de la Fuerza Pública tener un tipo de armamentos que permitan a las autoridades mantener un monopolio eficaz y legítimo sobre el ejercicio de la fuerza. Por consiguiente, admitir que un particular o un grupo de particulares posean y porten armas de guerra equivale a crear un nuevo de cuerpo de fuerza pública, con lo cual se viola el principio de exclusividad de la fuerza pública consagrado por el artículo 216 de la Carta. En tales circunstancias, la Constitución de 1991 mantiene el principio general, proveniente de la Constitución de 1886, de que los permisos a los particulares, como regla general, no pueden extenderse a tipos de armas que afecten la exclusividad de las funciones de la fuerza pública. Así, la Corte Suprema de Justicia, a propósito una demanda de inexequibilidad que se presentó contra algunos artículos del Decreto 3398 de 1965

---

12. Corte Constitucional. Sentencia C-077 de febrero 25 de 1993. M.P: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

" Por el cual se organiza la Defensa Nacional" y de la Ley 48 de 1968 " Por la cual se adoptan como legislación permanente algunos decretos legislativos, se otorgan facultades al Presidente de la República..." dijo:

" Esta disposición constitucional, que tiene su origen en la Carta de 1886, en su redacción originaria, se explica por la necesidad de establecer el monopolio de las armas de guerra, en cabeza del Gobierno, que es el responsable de mantener el orden público y restablecerlo cuando fuere turbado, según lo señala la Carta Política. Es además, una fórmula que tiene sentido histórico para superar graves conflictos que afectaron las relaciones civiles entre los colombianos, y que ahora adquiere una renovada significación ante los problemas que suscitan las diversas formas de la actual violencia."

El gobierno legítimo, por esta misma razón, es el único titular de este monopolio, sin que le sea permitido por la Carta a cualquier otra persona o grupo detentar las que se señalan como armas y municiones de guerra. En este sentido, la Corte considera que el concepto de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, debe corresponder al mismo que señala la Constitución en la norma que se transcribe, y que ha sido desarrollado por disposiciones legales para distinguir con base en criterios técnicos, que tienen relación con calibres, tamaños, potencias, usos especializados, dotación, o propiedad, las armas que son de uso privativo de las Fuerzas Armadas y las demás que pueden poseer los particulares. Sobre estas últimas el ilustre exégeta de la Carta don José María Samper, advierte que ellas se circunscriben a las que son de " uso común, individual o privado" (Derecho Público Interno, Ed. Temis, página 363, 1981. reedición) " [13].

Conforme a lo anterior, la Constitución establece un monopolio de principio en cabeza del Estado sobre todo tipo de armas, pero autoriza la concesión de permisos a los particulares para la posesión y porte de cierto tipo de armas, sin que, en ningún caso, puedan los grupos de particulares sustituir las funciones de la fuerza pública. El Legislador tiene entonces la facultad de regular el tipo de armas de uso civil que los particulares tienen la posibilidad de poseer y portar, previa la tramitación de la licencia o autorización de la autoridad competente.

En tales circunstancias, se observa que existe perfecta congruencia entre el tipo penal impugnado y la regulación constitucional de las armas. En efecto, la Constitución concede el monopolio de las armas al Estado, por lo cual es conforme a la Carta que la ley penal sancione a aquellos que no respetan las regulaciones estatales en la materia. Toda otra interpretación es inadmisible pues lleva a erosionar ese monopolio estatal, que constituye una de las

13. Corte Suprema de Justicia. Sentencia Número 22 de mayo 25 de 1989. M.P: Dr. Fabio Morón Díaz.

bases esenciales de la Constitución colombiana como "pacto de paz" y marco de convivencia pacífica entre los asociados.

12- Esto permite, por último, mostrar la impropiedad del argumento del demandante, según el cual la ineficacia de las autoridades justifica la invocación de un derecho de legítima defensa de los particulares, que autoriza el porte, sin permiso, de armas de defensa personal. En efecto, como ya se ha mostrado en esta sentencia, no sólo una política de tal naturaleza está lejos de fortalecer la seguridad ciudadana sino que, además, la Carta no reconoce ningún derecho constitucional de los particulares al acceso a las armas sino que consagra un deber de protección del Estado de los derechos de las personas. La ineficacia que puedan tener las autoridades, o los problemas de impunidad que está viviendo nuestra sociedad, no pueden convertirse en excusa para que el Estado deje de asumir su responsabilidad constitucional y legal de defensa del pacto social encamado en la Constitución. Por el contrario, conforme a la Carta, el Estado debe fortalecer su monopolio de las armas y aumentar su eficacia para proteger los derechos de las personas y disminuir sus condiciones de indefensión frente a los actores violentos . Al respecto, esta Corte ya había señalado:

"La indefensión en que se encuentra una gran cantidad, si no la mayoría de las poblaciones colombianas, dada su condición económica, social y política, no le permite tener los instrumentos adecuados para repeler los ataques y la agresión de los grupos alzados en armas. Dicha función, que corresponde asumirla al Estado directamente como fin esencial inherente a su naturaleza, la ejerce por medio de la Fuerza Pública, y específicamente de la Policía, conforme lo dispone el artículo 218 de la Carta, según el cual éstas están instituídas para mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia, dentro de un concepto de cuerpo encargado de velar por el mantenimiento del orden público y la seguridad de los ciudadanos, a las órdenes de las autoridades políticas.

Corresponde entonces al Gobierno Nacional dotar a esta institución de las herramientas (recursos, personal, etc.) necesarias para cumplir con el mandato que la Constitución le ha impuesto. Por tanto, debe otorgarle los mecanismos que le permitan cumplir cabalmente esta función"[14].

En conclusión, la penalización de la fabricación, comercio y porte de armas sin permiso de autoridad competente, corresponde a una política de Estado adecuada para proteger la vida de los ciudadanos, la cual encuentra perfecto sustento constitucional. En el caso Colombiano, por las condiciones

---

14. Corte Constitucional. Sentencia T-102/93. MP: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

que atraviesa nuestra sociedad, el control a la tenencia de armas resulta indispensable para el sostenimiento de la seguridad pública y la realización efectiva de los derechos de las personas.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: Declarar EXEQUIBLE la frase "armas de fuego de defensa personal, municiones", la cual se encuentra en el artículo 201 del Decreto Ley 100 de 1980, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3664 de 1986.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-039
de febrero 9 de 1995

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Caducidad

La Corte Constitucional, modificando la posición jurisprudencial inicialmente asumida -que incluía el tema de la competencia dentro del género de los asuntos formales-, ha venido entendiendo que, cuando la controversia se plantea a partir de un alegato en torno a si quien profirió el acto demandado gozaba de competencia para ello, no resulta aplicable la caducidad prevista en la indicada norma.

MINISTRO DELEGATARIO - Expedición de Decretos - leyes

El Ministro Delegatario estaba facultado para expedir los decretos con fuerza de ley que desarrollaran las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 11 de la Ley 29 de 1990. Entonces, por este aspecto, la norma atacada se expidió con arreglo a las normas establecidas en la Constitución entonces vigente.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS - Límites

En el campo de las facultades extraordinarias, cuando los decretos leyes son expedidos después del tiempo que haya previsto la norma habilitante, o cuando tocan asuntos diversos de los que precisa y literalmente estaban incorporados por el legislador ordinario, es decir, en cuanto el objeto definido de las facultades otorgadas resulta excedido por la actividad legislativa desbordada del Gobierno, éste invade la órbita reservada al Congreso de la República y desempeña una función que no es la suya dentro del Estado de Derecho. Sin perjuicio del postulado según el cual toda facultad extraordinaria invocada por el Presidente de la República debe estar expresamente otorgada, no se configura el exceso en su uso cuando pueda establecerse una relación directa de índole material entre los temas señalados por el legislador

ordinario y las disposiciones que adopte el Jefe de Estado en desarrollo de la excepcional habilitación legislativa.

SENA - Asociación con particulares / **SENA**-Destino de aportes

Puesto que el literal en referencia no hace otra cosa que establecer las normas y condiciones a las cuales debe someterse el Sena, como entidad descentralizada del orden nacional, para asociarse con particulares en actividades científicas y tecnológicas, mediante la celebración de convenios, su preceptiva encaja sin dificultad en la materia propia de las facultades extraordinarias conferidas, específicamente las previstas en el numeral 2° del artículo 11 de la Ley 29 de 1990, ya transcrito. Nada se oponía, entonces, a que una de esas reglas consistiera en facultar al Sena para destinar un porcentaje de los recursos recibidos en calidad de aportes a los programas que debe desarrollar en campos propios de su objeto, como lo son la capacitación laboral y la preparación académica de aquellos a quienes instruye, con la finalidad científica, tecnológica y de investigación contemplada en la Ley de facultades.

-Sala Plena-

Ref.: Expediente D-678

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 -parcial- del Decreto 585 de 1991.

Actor: Pascual Amezquita Zarate

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta del nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Pascual Amezquita Zarate invocando el derecho que consagra el artículo 241, numeral 5°, de la Constitución Política, presentó ante esta Corte demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del numeral 3° del artículo 28 del Decreto 585 de 1991.

Cumplidos como están los trámites y requisitos que exige el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver.

II. TEXTO

El texto acusado es del siguiente tenor literal:

"DECRETO NUMERO 585
(26 de febrero de 1991)

por el cual se crea el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, se reorganiza el Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología -COLCIENCIAS- y se dictan otras disposiciones

EL MINISTRO DE GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA
DELEGATARIO DE FUNCIONES PRESIDENCIALES

en desarrollo del Decreto 522 de 1991 y en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el artículo 11 de la Ley 29 de 1990.

DECRETA:

(...)

ARTICULO 28.- Corresponde a las entidades oficiales cumplir las funciones relacionadas con la ciencia y la tecnología de conformidad con las normas establecidas en el presente decreto. Las siguientes entidades cumplirán además las que a continuación se señalan:

(...)

3. Al servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, corresponde:

a) Adelantar actividades de formación profesional de conformidad con las normas vigentes, dirigida a transferir tecnología de utilización inmediata en el sector productivo; realizar programas y proyectos de investigación aplicada y desarrollo tecnológico, y orientar la creatividad de los trabajadores colombianos. El Consejo Directivo Nacional del Sena podrá crear y organizar centros de servicios tecnológicos e investigación aplicada y reorientar los existentes.

Estos centros manejarán separadamente tanto los recursos de que trata el ordinal 6º del artículo 21 del Decreto 3123 de 1968, como todos aquellos que se les asignen en virtud de sus programas y proyectos de investigación aplicada y desarrollo tecnológico, y tendrán autonomía para unirse, para aplicarlos a la ejecución de los mismos y a los contratos de fomento previstos en la Ley 29 de 1990, en los términos de la delegación que el Director General del Sena les confiera.

b) **Cuando el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o el Comité de Formación de Recursos Humanos para la Ciencia y la Tecnología así**

lo determinen, se autoriza al Sena para celebrar convenios especiales de cooperación con los empleadores obligados a hacer aportes en los términos de la Ley 21 de 1982, con el fin de que el Sena pueda destinar hasta un cincuenta por ciento (50%) del valor de los aportes que recibe de estos empleadores al desarrollo de programas de capacitación laboral, orientados y coordinados académicamente por el Sena. El Sena contratará la ejecución de estos programas con gremios, grupos de empresarios, instituciones de educación superior o centros tecnológicos. Los empleadores participantes en estos convenios deberán destinar para el mismo efecto, valores adicionales como contrapartida a los aportados por el Sena. La suscripción de estos convenios y contratos requerirá la autorización previa del Consejo Directivo Nacional del Sena". (Se subraya lo demandado).

III. LA DEMANDA

El actor señala como vulnerado el artículo 76, numeral 12, de la Constitución de 1886, por cuanto el Decreto al cual pertenece la norma acusada fue dictado con anterioridad a la Carta Política de 1991.

Dice el solicitante que la Ley 29 de 1990 revistió al Gobierno, por el término de un año contado a partir de la sanción de la ley, de precisas facultades extraordinarias de acuerdo con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Política, pero que en ninguna de ellas se lo autorizó para que diera una destinación diferente a los aportes recibidos por el Sena de los empleadores y, menos aún, para fijar un porcentaje al respecto, como lo hace, en su sentir inconstitucionalmente, el numeral acusado.

IV. OPOSICIONES A LA DEMANDA

La ciudadana Nury Torres de Montealegre, designada al efecto por el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, en escrito presentado ante la Corte, defiende la constitucionalidad de la norma atacada.

Según allí se sostiene, en cumplimiento de la Ley 29 de 1990, que es una ley marco, el Gobierno expidió los Decretos 393, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590 y 591, todos contentivos de importantes reformas en materia de orientación de las actividades y recursos estatales y privados de los entes involucrados en estas materias científicas y tecnológicas.

Señala que concretamente el Decreto 585 de 1991, en su aparte demandado, lo que hizo fue prever el mecanismo de integración entre el sector público (SENA) y el privado para impulsar el desarrollo de la actividad tecnológica y compete al SENA, en este contexto, la formación profesional de trabajado-

res. De lo que se trata, entonces, es de adelantar programas de capacitación laboral, ampliando el número de personas que forman áreas específicas de interés para los empleadores.

Con lo anterior -continúa- el Gobierno se sujeta estrictamente a la facultad otorgada en el numeral 2º del artículo 11 de la Ley 29 de 1990.

En cuanto a la "destinación diferente" de que habla el actor, anota que los aportes son una contribución parafiscal a cargo de los empleadores, destinada, no por el Gobierno sino por el SENA, el cual tiene su administración por disposición de la ley, a la formación profesional integral de trabajadores.

El ciudadano José Joaquín Fiquitiva Camacho, en representación del Ministerio de Gobierno, solicita a esta Corporación no acceder a las pretensiones de la demanda.

En el documento correspondiente se afirma que el literal b) del numeral 3 del artículo acusado se ajusta en todo a los límites de la segunda facultad extraordinaria otorgada al Gobierno Nacional mediante el artículo 11 de la Ley 29 de 1990 y no implica cambio de destinación de los recursos establecidos por la Ley 21 de 1982 -artículos 7 y 12-.

Señala, además, que una reglamentación al tenor de tal facultad implica necesariamente diversos aspectos, entre los que puede estar la reorganización de las entidades o la variación de la destinación y monto de recursos, pues no tendría sentido expedir una norma que no produjera ningún efecto sobre las entidades y aspectos que debían reglamentarse.

Alfonso M. Rodríguez Guevara, obrando en representación del Departamento Nacional de Planeación, también presentó escrito tendiente a justificar la constitucionalidad de la norma impugnada.

El ciudadano, analizando las dos primeras facultades conferidas al Gobierno Nacional por la Ley 29 de 1990 y comparándolas con el texto de la norma acusada, concluye que para la fecha en que se expidió el estatuto del cual hace parte, las normas legales orgánicas del SENA estaban contenidas en el Decreto 2123 de 1968, dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 65 de 1968.

Precisa que en el artículo 2º de tal Decreto se señalaba como objetivo primordial del SENA el de dar formación profesional a los trabajadores de todas las actividades económicas y en todos los niveles de empleo, y que, según el 26, cada regional del SENA aplicará a la realización de los objetivos expresados en el Decreto el 80% de los recaudos provenientes de los aportes de las entidades oficiales y de los empleadores particulares.

En relación con la primera facultad de la Ley 29 de 1990, el interviniente concluye que, en cuanto la norma no hace otra destinación especial para los aportes que recibe el SENA, forzoso es deducir que la aplicación del 50% de los aportes de unos empleadores, autorizada por la norma acusada, está conforme a lo dispuesto en los estatutos de la entidad, y que el ejecutivo lo único que hizo fue aplicar los recursos del SENA a cumplir los fines que allí se señalan, ciñéndose estrictamente a las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 29 de 1990.

En cuanto a la segunda facultad, anota que fue precisamente en desarrollo de ella que se dictó la norma acusada, por la cual se autoriza al SENA para celebrar convenios de cooperación con los empleadores (particulares) para el desarrollo de programas de capacitación laboral.

Finalmente sostiene que, si sólo en gracia de discusión se admitiera que la destinación de los recursos del SENA fue modificada al expedirse la norma acusada, habría que tener en cuenta que el Decreto 585 de 1991 le señala a dicha entidad unas funciones referentes a la ciencia y la tecnología, y como es lógico, esto implica mayores gastos.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En el concepto rendido por el Procurador General de la Nación, remitido a la Corte en Oficio 506 del 26 de septiembre de 1994, aquél sostiene la constitucionalidad de la norma demandada.

Indica el Procurador que el juicio de constitucionalidad respectivo debe realizarse a la luz de la Constitución de 1886, como quiera que la Ley 29 de 1990 -ley de facultades- fue expedida el 27 de febrero de 1990 y para esta fecha no estaba rigiendo la actual Constitución.

El Decreto que se estudia, señala, fue expedido dentro del término previsto para ello, según consta en el Diario Oficial Nº 39.205, razón por la cual no ve motivo de inconstitucionalidad respecto al momento del ejercicio de las facultades.

Entrando al análisis de fondo, tampoco encuentra el Jefe del Ministerio Público razón alguna de inconstitucionalidad, toda vez que, según él, la medida contenida en el precepto acusado puede incluirse dentro de las atribuciones segunda y cuarta otorgadas al Ejecutivo por el artículo 11 de la Ley 29 de 1990.

En efecto, anota, los convenios especiales de cooperación, a los cuales se refiere el numeral 3º, literal b), del artículo demandado, son una modalidad de asociación cuyo objetivo es adelantar actividades científicas y tecnológi-

cas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, en cuya virtud las personas que los celebren aportan recursos de distinto tipo para facilitar, fomentar, desarrollar y alcanzar los propósitos señalados en el artículo 2º del Decreto 393 de 1990, y que en síntesis apuntan al desarrollo de la ciencia y la tecnología en nuestro país. Es decir, lo acusado constituye una norma dictada por el Gobierno a la cual está sometido el SENA como ente descentralizado del orden nacional, en los eventos de asociación con los particulares -empleadores- en actividades científicas y tecnológicas.

Adicionalmente, considera el Procurador que la previsión contenida en el literal bajo examen tiene que ver con la forma de regular una modalidad específica de contrato de fomento de actividades científicas y tecnológicas, como lo es el convenio especial de cooperación, lo que significa que está ajustado a la facultad otorgada en el numeral 4º de la Ley 29 de 1990. No se da, por tanto, una destinación diferente a los recursos financieros del SENA, puesto que los aportes de esa entidad son aplicados precisamente al cumplimiento de su misión institucional.

Piensa el Procurador que estos aportes de los empleadores constituyen el ejemplo clásico de la parafiscalidad, lo que pone de manifiesto la norma demandada, pues en el caso de los convenios especiales de cooperación, el porcentaje de los aportes se destina a programas de capacitación laboral contratados por ese ente, de lo cual se benefician, obviamente, las empresas aportantes.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional es competente para resolver de manera definitiva sobre la demanda incoada, pues ella recae sobre apartes de un decreto expedido por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias (artículo 241, numeral 5, de la Constitución Política).

No caducidad de la acción pública

Por razones de seguridad jurídica y, además, con el objeto de realizar en el campo constitucional el principio de prevalencia del derecho sustancial, el numeral 3º del artículo 242 de la Constitución Política estableció que las acciones por vicio de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.

Esto implica que, respecto de las acciones intentadas con posterioridad al indicado término, la Corte Constitucional no puede entrar a adoptar decisión de fondo, por cuanto, no siendo entonces procedente la demanda, cualquier decisión suya carecería de objeto. No sería congruente con el mandato constitucional una eventual sentencia de inexequibilidad, en caso de hallarse configurado el vicio, ni tampoco cabría un fallo de exequibilidad, por cuanto habría desaparecido el supuesto fundamental de la actuación de la Corte: el de ejercer un control efectivo en defensa del imperio de la preceptiva superior. Este objetivo no tendría lugar respecto de una acción que, por mandato de la misma Carta, no podía intentarse.

Téngase presente, sinembargo, que el aspecto relativo al ejercicio de las facultades extraordinarias por el Presidente de la República, el cual finalmente guarda relación con la competencia para legislar, no por ello se queda en el puro plano de las formalidades, sino que encierra una cuestión de fondo que el juez constitucional debe siempre poder dilucidar en aras de la eficaz y cierta supremacía de los principios que inspiran el Estado de Derecho y de las normas constitucionales que lo realizan.

Es por ello que la Corte Constitucional, modificando la posición jurisprudencial inicialmente asumida -que incluía el tema de la competencia dentro del género de los asuntos formales-, ha venido entendiendo que, cuando la controversia se plantea a partir de un alegato en torno a si quien profirió el acto demandado gozaba de competencia para ello, no resulta aplicable la caducidad prevista en la indicada norma.

Dijo la Corte al respecto:

"1. La competencia, en derecho público, equivale a la capacidad en el derecho privado. Pero mientras en éste ésa es la regla, en aquél constituye la excepción, pues los funcionarios sólo pueden hacer aquello para lo que estén expresamente facultados por el ordenamiento. Es ella un presupuesto esencial de validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado.

Asimilar ese presupuesto a la forma, es incurrir en una confusión inadmisible, puesto que a ésta sólo puede acceder el sujeto calificado (competente o capaz, según el caso) para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica. La falta de competencia genera, pues, 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.

2. La separación de las ramas del poder y la órbita restrictiva de competencia, son instituciones anejas al Estado de Derecho, pues constituyen instrumentos imprescindibles para el logro de la finalidad inmediata que esa forma de organización política se propone, a saber: la sujeción al derecho de quienes ejercen el poder. Eso significa que cada una de las ramas tiene funciones asignadas de acuerdo con el fin que se le atribuye, y que cada funcionario tiene un ámbito delimitado dentro del cual debe circunscribir el ejercicio de sus funciones. La actividad cumplida por fuera de esos ámbitos es ilegítima, es decir, constituye un supuesto de anulabilidad, pues sólo de esa manera se consigue que cada rama y cada funcionario despliegue su acción dentro de precisos límites normativos.

3. Las normas que habilitan a un órgano o a un funcionario para que temporariamente ejerza funciones que de modo permanente están atribuídas a otro, son de carácter excepcional y, por tanto, no extendibles más allá de los términos fijados en las respectivas normas de modo preciso. Al funcionario o al órgano se le atribuye competencia para que cumpla las funciones que claramente se le indican y sólo ésas. La extralimitación en el ejercicio de dichas funciones -que desde el punto de vista formal han podido ejercitarse de manera irreprochable- comporta falta de competencia y, por ende, ausencia del presupuesto esencial que da, al funcionario o a la Corporación, legitimidad para acceder a la forma.

4. El artículo 242-3 de la Carta Política que establece un término de caducidad para las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma, no comprende, en modo alguno, aquellas que se dirigen a atacar el acto por desbordamiento en el ejercicio de la competencia. Y no podría hacerlo, porque si la indebida elección de forma para la producción del acto, cumplido por quien tiene competencia, se reputa un vicio menor, saneable por el transcurso del tiempo, la falta de capacidad para producirlo no puede ser saneada por esa vía, pues no puede producir efectos jurídicos un acto que sólo lo es en apariencia por carecer, ab- initio, del presupuesto esencial para surgir el mundo del derecho: la competencia, precedente obligado del uso de la forma.

5. El Estado de Derecho de estirpe democrática no puede tolerar, en ningún tiempo, los actos producidos por quien carece de competencia, por una doble y poderosa razón: por que faltaría a su esencia de organización reglada que no puede permitir conductas oficiales por fuera de la norma, y porque no es compatible con su filosofía ni con su forma específica de organización, consentir que una rama usurpe las funciones de otra, cuando no le han sido delegadas, máxime si ese hecho se traduce en la suplantación del Congreso por el Presidente.

6. Si las anteriores consideraciones son válidas en abstracto, dentro de una teoría general del Estado de Derecho, con mayor razón lo son en Colombia,

donde con tanta frecuencia se opera el fenómeno de delegación de funciones legislativas en el Presidente de la República, y, por ende, un volumen tan significativo de la legislación está constituído por decretos-leyes. Hacer extensiva la caducidad de la acción por vicios de forma a la inconstitucionalidad por desbordamiento en el ejercicio de la competencia, sería dejar sin control un acervo normativo que lo requiere, para evitar así que la democracia y el Estado de Derecho se desdibujen y pierdan su fisonomía". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena .Sentencia C-546 del 25 de noviembre de 1993).

En el caso de autos, el Decreto 585 de 1991, del cual hace parte el artículo impugnado, fue expedido y publicado con casi cuatro años de antelación al momento en que se presentó la demanda y ésta se trajo a consideración de la Corte tres años después de entrar en vigencia la Constitución Política, motivos por los cuales, si de un vicio de forma se hubiera tratado, la Corporación tendría que declararse inhibida para resolver, en acatamiento al señalado mandato constitucional.

Pero, como, según lo dicho, el punto controvertido es de fondo, tiene lugar el análisis constitucional que se desarrollará en la presente providencia.

Competencia del Ministro Delegatario

El artículo 5º del Acto Legislativo número 1 de 1977, mediante el cual se modificó el artículo 128 de la Constitución de 1886, dispuso que, cuando el Presidente de la República se trasladara a territorio extranjero en ejercicio del cargo, el Ministro a quien correspondiera, según el orden de precedencia legal, ejercería, bajo su responsabilidad, las funciones constitucionales que el Presidente le delegara. La norma estipulaba que el Ministro Delegatario pertenecería al mismo partido político del Presidente.

Esta disposición se conserva en la Carta vigente (artículo 196), en la cual ha quedado explícito que las funciones constitucionales que puede delegar el Jefe del Estado incluyen "tanto aquellas que le son propias como las que ejerce en su calidad de Jefe del Gobierno".

Las referencias que anteceden resultan de interés en este caso, toda vez que el Decreto 585, al cual pertenece la norma impugnada, fue expedido por el doctor Humberto de la Calle Lombana, quien el 26 de febrero de 1991 se desempeñaba como Ministro Delegatario en ejercicio de funciones presidenciales.

Por Decreto 522 de 1991, expedido el 22 de febrero por el Presidente titular, Cesar Gaviria Trujillo, se delegó en el Ministro de Gobierno, por el tiempo que durara la ausencia del Jefe del Estado, las funciones constitucionales que

preveía la Carta en sus artículos 118, numerales 7 y 8; 119, numerales 2 y 4; y 120, con excepción de los asuntos indicados en el numeral 2º.

El artículo 118 de la Constitución señalaba, en su numeral 8º, que correspondía al Presidente de la República en relación con el Congreso "ejercer las facultades a que se refieren los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 y dictar los decretos con la fuerza legislativa que ellos contemplan".

El artículo 76, numeral 12, consagraba la institución de las facultades extraordinarias al señalar, entre las funciones del Congreso, que ejercía -como en la actualidad- por medio de leyes, la de "revestir pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen".

De todo lo anterior resulta que el Ministro Delegatario estaba facultado para expedir los decretos con fuerza de ley que desarrollaran las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 11 de la Ley 29 de 1990. Entonces, por este aspecto, la norma atacada se expidió con arreglo a las normas establecidas en la Constitución entonces vigente.

Necesidad de establecer un indudable exceso en el uso de las facultades extraordinarias para que prospere la acción por tal concepto.

El análisis de constitucionalidad de la norma acusada debe hacerse a la luz de las disposiciones vigentes en el momento de su expedición -26 de febrero de 1991-, es decir, las que integraban la Carta Política de 1886 y sus reformas.

Según ellas, el Presidente de la República podía ser revestido por el Congreso de precisas facultades extraordinarias por un tiempo determinado, respecto del cual no existía en la Carta Política el límite máximo de seis (6) meses, hoy consagrado en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución en vigor.

Del numeral 12 del artículo 76 de la Constitución anterior se derivaban, pues, los límites temporal y material en cuanto al ejercicio de las facultades que se concedieran al Jefe del Estado. No podía el Congreso dejar de fijarlos ni le era dado al Presidente de la República actuar al margen de los específicos linderos que le hubiera trazado la Ley de facultades.

Estos principios, que fueron rigurosamente observados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía la función del control constitucional, siguen inspirando la institución de las facultades extraordinarias a la luz de la Carta Política de 1991.

La Corte Constitucional debe insistir en que la atribución de legislar ha sido confiada, tanto en el régimen derogado como en el nuevo, al Congreso de la República y que, por tanto, las funciones legislativas del Presidente son excepcionales, lo cual implica que únicamente tienen validez cuando se ejercen dentro de los estrictos límites establecidos por la Constitución y en los casos que ella determina. En este contexto, es obligada la interpretación restringida de las atribuciones invocadas.

Así, en el campo de las facultades extraordinarias, cuando los decretos leyes son expedidos después del tiempo que haya previsto la norma habilitante, o cuando tocan asuntos diversos de los que precisa y literalmente estaban incorporados por el legislador ordinario, es decir, en cuanto el objeto definido de las facultades otorgadas resulta excedido por la actividad legislativa desbordada del Gobierno, éste invade la órbita reservada al Congreso de la República y desempeña una función que no es la suya dentro del Estado de Derecho.

Para que pueda el Gobierno legislar amparado en una ley de la naturaleza mencionada, además de hacerlo durante el término perentorio de su excepcional ejercicio, ha de obrar dentro del limitado y específico ámbito que tengan las autorizaciones de las que es investido, las cuales deben ser expresas, de tal forma que, para reclamar su constitucionalidad, las materias tratadas en los decretos que se expidan encajen de modo exacto en el objeto señalado por el Congreso. Esto excluye las facultades implícitas.

El exceso en el uso de las facultades extraordinarias provoca necesariamente la inconstitucionalidad de las normas proferidas por fuera de la habilitación legislativa.

Pero, desde luego, como corolario de lo dicho, para que la acción de inconstitucionalidad pueda prosperar por este concepto, el abuso de la facultad conferida tiene que ser establecido con claridad y evidencia, de tal modo que no quepa duda acerca de la total carencia de atribuciones legislativas por parte del Ejecutivo.

En otros términos, sin perjuicio del postulado según el cual toda facultad extraordinaria invocada por el Presidente de la República debe estar expresamente otorgada, no se configura el exceso en su uso cuando pueda establecerse una relación directa de índole material entre los temas señalados por el legislador ordinario y las disposiciones que adopte el Jefe de Estado en desarrollo de la excepcional habilitación legislativa.

El caso sometido a examen

El artículo 11 de la Ley 29 de 1990, expresamente invocado por el Gobierno, había dispuesto:

"Artículo 11.- De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución, revístese al Gobierno, por el término de un año contado a partir de la sanción de la presente Ley, de facultades extraordinarias para:

1º Modificar los estatutos de las entidades oficiales que cumplen funciones de ciencia y tecnología, incluyendo las de variar sus adscripciones y vinculaciones y las de crear los entes que sean necesarios.

2º Dictar las normas a que deban sujetarse la Nación y sus entidades descentralizadas para asociarse con los particulares en actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías.

3º Reglamentar los viajes de estudio al exterior de los investigadores nacionales ofreciéndoles las ventajas y facilidades que les permitan su mejor aprovechamiento.

4º Regular las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas".

El término durante el cual podía legislar el Ejecutivo, era de un año, contado a partir de la sanción de la Ley, es decir, desde el 27 de febrero de 1990, fecha también de su publicación en el Diario Oficial, el número 39.205. Puesto que el Decreto 393 fue expedido el 26 de febrero de 1991, se ajustó el Gobierno al límite temporal señalado por el legislador ordinario.

Por el aspecto material, el precepto demandado (artículo 28, numeral 3, literal b), del Decreto 585 de 1991), autoriza al Sena para celebrar convenios especiales de cooperación con los empleadores obligados a hacer aportes en los términos de la Ley 21 de 1982, con el fin de que dicha entidad pueda destinar hasta un cincuenta por ciento del valor de tales aportes al desarrollo de programas de capacitación laboral, orientados y coordinados académicamente por el Sena. De acuerdo con la norma, el Sena contratará la ejecución de estos programas con gremios, grupos de empresarios, instituciones de educación superior o centros tecnológicos. Según la norma, los empleadores participantes en los convenios deberán destinar, para el mismo efecto, valores adicionales como contrapartida a los aportados por el Sena.

Fue autorizado el Presidente de la República para establecer la normatividad aplicable a la asociación entre entidades públicas del orden nacional con miras al estímulo de las actividades científicas, tecnológicas y de investigación.

Puesto que el literal en referencia no hace otra cosa que establecer las normas y condiciones a las cuales debe someterse el Sena, como entidad

descentralizada del orden nacional, para asociarse con particulares en actividades científicas y tecnológicas, mediante la celebración de convenios, su preceptiva encaja sin dificultad en la materia propia de las facultades extraordinarias conferidas, específicamente las previstas en el numeral 2º del artículo 11 de la Ley 29 de 1990, ya transcrito.

En efecto, podía el Ejecutivo, sin transgredir la norma habilitante, establecer disposiciones de obligatorio cumplimiento para las entidades aludidas -en este caso el Sena-, en cuya virtud se previera la manera en que puedieran asociarse con particulares -en esta oportunidad los aportantes-, para el fomento y el desarrollo de las actividades asumidas a partir de la asociación, precisamente las científicas, tecnológicas y de investigación, claro está teniendo en cuenta el tipo de asuntos confiados a la gestión de la entidad pública comprometida.

Nada se oponía, entonces, a que una de esas reglas consistiera en facultar al Sena para destinar un porcentaje de los recursos recibidos en calidad de aportes a los programas que debe desarrollar en campos propios de su objeto, como lo son la capacitación laboral y la preparación académica de aquellos a quienes instruye, con la finalidad científica, tecnológica y de investigación contemplada en la Ley de facultades.

Por eso, el mismo artículo demandado dejó en claro que, dentro del marco del estímulo a la ciencia y la tecnología, corresponde al Sena adelantar actividades de formación profesional, de conformidad con las normas vigentes, dirigidas a transferir tecnología de utilización inmediata en el sector productivo y realizar programas y proyectos de investigación aplicada y desarrollo tecnológico, así como orientar la creatividad de los trabajadores colombianos.

Por tanto, no se observa violación alguna del artículo 76, numeral 12, ni del 118, numeral 8º, de la Constitución anterior, pues el Gobierno actuó dentro de los precisos límites de la facultad que le fue otorgada.

V. DECISION

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, oído el concepto del Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites y requisitos consagrados en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 28, numeral 3, literal b), del Decreto 585 de 1991, únicamente en cuanto no excedió las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso mediante el artículo 11 de la Ley 29 de 1990.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-040
de febrero 9 de 1995

CARRERA ADMINISTRATIVA - Nombramiento del primero

Pero sea cual fuere el método o sistema elegido, éste debe contener criterios específicos y concretos para efectuar una selección en la que aparezcan como valores dominantes la capacidad profesional o técnica del aspirante, sus calidades personales y su idoneidad moral, acordes con las funciones del empleo y las necesidades del servicio público. Por tanto, no puede quedar al nominador una libertad absoluta para que designe a su arbitrio, pues, el nombramiento siempre tendrá que recaer en quien haya obtenido el mayor número de puntos.

CONCURSO DE MERITOS - Factores de evaluación

Un verdadero concurso de méritos 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 esos 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.

CONCURSO DE MERITOS - Factores de calificación

Esta Corporación ha venido conociendo de múltiples procesos de tutela en los que los accionantes se quejan de haber concursado para ingresar a un cargo de carrera administrativa y, a pesar de haber obtenido un puntaje superior al de quien en últimas se nombró, fueron excluídos con el argumento de la falta de idoneidad moral o social de los concursantes, exclusión que de no estar plenamente justificada se convierte en arbitraria. 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. En el concurso se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular.

CARRERA ADMINISTRATIVA - Institucionalización

Uno de los cambios constitucionales de mayor trascendencia fue precisamente la institucionalización de la carrera administrativa, como regla general, para el acceso a los empleos del Estado y, por tanto, son el mérito y la capacidad de los aspirantes su único fundamento. Mediante un apropiado sistema de carrera, se garantiza el derecho de todos a formar parte de la administración pública en igualdad de condiciones y oportunidades, al igual que el derecho de quienes ingresen a ella a tener estabilidad en el empleo, siempre y cuando cumplan fielmente con los deberes del cargo, lográndose así la moralidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad y transparencia en la prestación del servicio público.

Ref:. Expediente No. D - 652

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9 del Decreto Ley 1222 de 1993.

Demandante: Hugo Humberto Osorio Valor.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Acta No. 04

Santafé de Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Hugo Humberto Osorio Valor en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte que declare inexequibles los artículos 9 del Decreto Ley 1222 de 1993 y 34 parcial del decreto 256 de 1994.

El magistrado sustanciador mediante auto del 18 de julio de 1994, admitió la demanda presentada contra el artículo 9o. del Decreto 1222 de 1993, y re-

chazó la dirigida contra el artículo 34 parcial del Decreto 256 de 1994, por carecer la Corte de competencia para pronunciarse sobre su constitucionalidad, pues dicha disposición hace parte de un decreto que fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 189-11 de la Carta, y por tanto, corresponde al Consejo de Estado conocer de él.

Contra la decisión de rechazo, el demandante interpuso recurso de súplica ante la Sala Plena de la Corte, el cual se resolvió mediante auto del 4 de agosto de 1994, en el sentido de confirmar la providencia objeto de impugnación.

Ante esta circunstancia, la Corte procederá a resolver solamente la acusación contra el artículo 9o. del Decreto Ley 1222 de 1993.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

A continuación se transcribe el precepto legal acusado:

Decreto 1222 de 1993.

" Por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992."

" ...

"Artículo 9.- Con base en los resultados del concurso el jefe del organismo elaborará la lista de elegibles, con los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito; dicha lista tendrá vigencia hasta de un (1) año para los empleos objeto del concurso. La provisión del empleo deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles. Efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en orden descendente."

III. LA DEMANDA.

Manifiesta el demandante, que la disposición acusada contraviene el espíritu de la Ley 27 de 1992, cuyo objetivo era garantizar la eficiencia de la administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades en el acceso a los empleos públicos, y lesiona el artículo 29 de la misma ley, pues en esta disposición se le confieren facultades al Presidente de la República para definir los procedimientos necesarios aplicables a los concursos, y no para " establecer normas relacionadas con el nombramiento o provisión del cargo, listas de elegibles y la escogencia discrecional del candidato con uno de los tres primeros de dicha lista" .

De otra parte, considera que también se vulnera el artículo 125 de la Carta, precepto que al referirse a los nombramientos por concurso para ingresar a cargos que pertenezcan a carrera, ordena que " se harán previos los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y en ningún caso para hacer discriminaciones estableciendo lista de elegibles" .

Agrega, que la norma impugnada al permitir la discrecionalidad del nominador en la escogencia del candidato al cargo, desconoce los artículos 4 y 13 de la Carta, en razón de que no aplica normas de superior jerarquía y crea una discriminación al no conceder a todos los ciudadanos las mismas oportunidades para acceder a los cargos públicos, pues al designar al segundo o al tercero de la lista de elegibles se está desconociendo el derecho de quien ocupó el primer puesto, y entonces se pregunta: ¿qué sentido tiene el concurso?, si no se elige a quien obtuvo el mayor puntaje sino a quien el nominador determine, quien, presume el demandante, escogerá a aquella persona que tenga vínculos políticos, sin importar los resultados de las evaluaciones o las calidades de los aspirantes.

Para finalizar, manifiesta el actor que se infringen los artículos 25 y 40-7 del Estatuto Superior, puesto que el ganador del concurso necesariamente tiene derecho a ese trabajo, " ya que se supone que en el concurso se fijaron todas las condiciones y requisitos para desempeñar el cargo" ; y por ende, se restringe el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, además de permitir que el nominador maneje políticamente los nombramientos y, de esta manera, obstaculice la participación de todos los ciudadanos en el poder político.

IV. INTERVENCION CIUDADANA.

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública en escrito fechado el 5 de septiembre de 1994, expone las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad de lo acusado, las que se resumen en seguida:

El constituyente consagró la carrera administrativa en el artículo 125, al disponer que todos los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y atribuyó al legislador la facultad de fijar los requisitos y condiciones que deben cumplir quienes aspiren a desempeñar uno de tales empleos, estableciendo de esta manera el mérito como principio rector y, además, lo autorizó para determinar los mecanismos que permitan su demostración.

La Ley 27 de 1992 define qué se entiende por carrera administrativa y cuál es su objeto, reitera que el mérito es requisito fundamental para el ingreso a

empleos de carrera, y señala que la provisión de ellos se hará previo concurso, por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso.

El Decreto 1222 de 1993 fijó los mecanismos para la comprobación del mérito, estableciendo el proceso de selección o concurso que comprende varias etapas, a saber: la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de las pruebas, la conformación de las listas de elegibles y el periodo de prueba, por tanto, la norma acusada no excede las facultades extraordinarias, pues el Gobierno Nacional estaba autorizado para establecer el modo como debían desarrollarse los concursos, y la conformación de listas de elegibles es una etapa del mismo.

Añade, que el hecho de que el legislador haya establecido la obligación de elaborar listas de elegibles, organizadas de acuerdo con los puntajes obtenidos por los aspirantes dentro de las pruebas realizadas, ello no implica " que quien se encuentre en último lugar dentro de ella no tenga como quien ocupó el primer lugar los méritos suficientes para el desempeño del empleo... Sin embargo, bien podría el legislador haber obviado la determinación de puntajes y puestos y únicamente establecer el grupo de quienes superaron las pruebas, para que entre ellos eligiera el nominador, o bien pudo fijar un sistema de sorteo para escoger al titular del cargo, con lo cual también se estaría cumpliendo con el mandato constitucional" , contenido en el artículo 125.

Y en cuanto al derecho fundamental a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, considera que " este mismo derecho lo pueden alegar los demás que conforman la lista de elegibles, ya que todos tienen la misma posibilidad de ser escogidos por el nominador, al demostrar que tienen, al igual que el primero, méritos suficientes para ejercer el empleo. Y tampoco implica que se esté dando al nominador un margen ilimitado de discrecionalidad sin razón justificable, sino que se le está permitiendo hacer la mejor escogencia para la administración, sin que deba presumirse la mala fé en su actuación" .

V. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación, por medio del oficio No. 509 del 3 de octubre de 1994, rinde el concepto de rigor, el que concluye solicitando a la Corte que declare exequible el artículo 9o. del Decreto Ley 1222 de 1993, por no infringir norma constitucional alguna.

Son estos algunos de los argumentos en que se fundamenta el citado funcionario para llegar a esa conclusión:

El Decreto 1222 de 1993, parcialmente acusado, fue expedido por el Gobierno Nacional, en desarrollo de las facultades extraordinarias contenidas

en los numerales 3o. y 4o. del artículo 29 de la Ley 27 de 1992, y en él se regula el procedimiento requerido para ingresar a cargos de carrera. " Así, el concurso se establece como un proceso complejo que se desenvuelve por etapas, las cuales se inician con la convocatoria, continúan con el reclutamiento de candidatos, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la elaboración de la lista de elegibles y el nombramiento, para terminar con el periodo de prueba" .

Al referirse a la etapa de las pruebas, dice que éstas " apuntan a la determinación de la capacidad, idoneidad y potencialidades de los aspirantes al cargo. Pero su mismo empeño por alcanzar objetividad y precisión, deja de lado elementos que integran la personalidad de los aspirantes y que sin embargo, no son del todo cuantificables; pasibles de ser reducidas a cifras. Inclusive en aquellos factores cuya medición se puede hacer con mayor rigor numérico, se cuenta siempre con un margen de falibilidad, que puede tener implicaciones significativas respecto del resultado final o de los propios objetivos de la aplicación de las pruebas. De allí se extrae la lista de elegibles" .

En relación con la discrecionalidad del nominador para efectuar el nombramiento, expresa que esa facultad se otorga con el fin de que se puedan evaluar aspectos cualitativos que son relevantes para el desempeño del empleo, como por ejemplo, la idoneidad moral o las cualidades personales, " esas que fundan su existencia personal y lo identifican haciéndolo diferente de los demás seres humanos" . Dicha discrecionalidad debe ser ejercida con sujeción al principio del buen funcionamiento del servicio y teniendo en cuenta los principios de eficiencia y eficacia de la Administración Pública.

El concurso para ingresar a un cargo de carrera se establece sobre la base de la igualdad de oportunidades, que tiene como fin la escogencia, que necesariamente implica una diferenciación de las personas que demuestren suficientes calidades para acceder a un determinado empleo.

De otra parte, agrega que " si la predilección por una persona sobre otra se basa en una distinción irrelevante, se incurre en un acto discriminatorio por lo injustificado. Más si la elección sirve a los fines del Estado, y en razón al principio de la prevalencia del interés general no se afectan los intereses jurídicos de otras personas que se encuentren en idéntica situación, el acto encuentra su fundamento legal. Es decir, que la discrecionalidad es lícita cuando 'establece distinciones razonables para alcanzar objetivos legítimos'" .

Finalmente, considera que la potestad discrecional no contradice el régimen de la carrera, porque no desconoce los resultados del concurso, " sino que abre el espacio para evaluar esas cualidades de la persona que pueden redundar en el mejor funcionamiento y mayor beneficio de la prestación del servicio. En definitiva, estando justificada la potestad por los propios fines de

la administración, se encuentra que es válida y no adversa al Ordenamiento Jurídico Superior."

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a. Competencia

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte de un decreto ley, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, al tenor de lo dispuesto por el artículo 241-5 del Estatuto Superior.

b. Las facultades extraordinarias

Dado que el Decreto 1222 de 1993, al cual pertenece el precepto acusado, fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el Congreso en los numerales 3o. y 4o. del artículo 29 de la Ley 27 de 1992, es necesario analizar, en primer término, si se respetaron los límites tanto materiales como temporales que allí se fijaron.

Pues bien, el artículo 29 de la Ley 27 de 1992 prescribe:

" Artículo 29. *De las facultades extraordinarias al Presidente de la República.* De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de promulgación de la presente Ley, para:

" ....

" 3. Expedir las normas que establezcan los requisitos pertinentes para el ingreso a la carrera administrativa de acuerdo con lo establecido en el inciso 3o. del artículo 19.

" 4. Expedir las nomas que definan los procedimientos para los concursos, las evaluaciones y calificaciones que deban surtirse en la carrera administrativa" .

" Para los efectos de estas facultades se contará con la asesoría de dos (2) Senadores y dos Representantes de las Comisiones Séptimas y Primera de Cámara y Senado, designados por las mesas directivas de dichas Comisiones" .

- Límite temporal

En cuanto se refiere al aspecto de temporalidad, no hay reparo constitucional alguno, pues el Decreto 1222 de junio 28 de 1993 (D:O.40928), se expidió dentro del lapso fijado por el legislador ordinario, el cual era de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de promulgación de la ley, hecho que tuvo ocurrencia el 29 de diciembre de 1992, con su inserción en el Diario Oficial No. 40.700.

- Límite material

De conformidad con las atribuciones conferidas, el Presidente de la República estaba autorizado para dictar normas destinadas a establecer las exigencias que han de cumplir las personas que deseen acceder a un empleo perteneciente a la carrera administrativa, como los trámites y procesos a que han de someterse, tanto los aspirantes como las autoridades, para ese fin. Sin embargo, llama la atención de la Corte que se haya ordenado al Gobiemo ejercer esa facultad de acuerdo con el contenido del inciso 3o. del artículo 19 de la misma ley habilitante, que prescribe: " En aquellos municipios con población menor de diez mil (10.000) habitantes se aplicará la carrera administrativa en todos los aspectos que resultaren pertinentes" , lo que resulta verdaderamente incongruente, pero que en nada afecta el verdadero sentido y alcance de la potestad concedida.

De la misma manera, estaba facultado el Gobiemo para estatuir los procedimientos que fueren necesarios para llevar a cabo los concursos, y todo lo relativo a las evaluaciones y calificaciones que hayan de efectuarse para ingresar a la carrera administrativa.

Así las cosas, no le cabe duda a la Corte de que la disposición acusada, encaja perfectamente dentro de los asuntos que el Presidente de la República podía válidamente regular, pues se refiere a dos de las etapas del concurso, cuales son: la elaboración de la lista de elegibles y la forma como se llevará a cabo la selección de la persona sobre quien recaerá el nombramiento, temas que necesariamente han de incluirse dentro de las materias que pertenecen al ámbito de la carrera administrativa, específicamente a su ingreso.

c. La carrera administrativa

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución, es regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado, son de carrera, excepto aquellos que la misma norma taxativamente señala, a saber: los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficia-

les y los demás que determine la ley. Y, en el evento de que la Constitución o la ley no hayan señalado el sistema de nombramiento de un determinado empleo, éste deberá hacerse mediante concurso público.

La carrera administrativa se ha definido como " un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera conforme a las disposiciones mencionadas en el artículo 2o. de la presente ley." (art. 1o. Ley 27 de 1992).

Dado que la carrera administrativa se basa única y exclusivamente en el mérito y la capacidad de los aspirantes, es deber de la administración escoger o seleccionar a aquellas personas que por su capacidad profesional y condiciones personales, son las que requiere el servicio público, pues la eficiencia y eficacia del mismo, dependerán de la idoneidad de quienes deben prestarlo. Así, la carrera administrativa se constituye " en el instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública, asegurando su acceso en condiciones de igualdad (art. 13 de la C.N.), promoviendo una lógica de méritos de calificación, de honestidad y eficiencia en la prestación del trabajo humano, alejando interesadas influencias políticas e inmorales de relaciones de clientela. Conceptos estos de eficiencia que comprometen la existencia misma del Estado." (sent C-356/94 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

En la misma línea del fallo anterior, encaminada a preservar la carrera administrativa cuya conveniencia aparece manifiesta, esta Corporación dijo en sentencia C-195/94, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa: " 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 prestan sus servicios del 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."

El ingreso y ascenso en cargos de carrera, según lo ordena nuestro Estatuto Supremo en el artículo antes mencionado, se debe realizar previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Dejando claramente establecido el Constituyente que la filiación política de los ciudadanos " *en ningún caso*" podrá determinar su nombramiento, ascenso o remoción en empleos de esa naturaleza.

En la misma forma, consagra que el retiro de un empleado que ocupa un cargo de carrera, sólo podrá producirse por: calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En desarrollo del citado artículo 125 de la Constitución, se expidió la Ley 27 de 1992, cuyo artículo 11 se refirió a los concursos, clasificándolos así: 1.- " *Abiertos*, para el ingreso de nuevo personal a la carrera administrativa" ; y 2.- " *De ascenso,* para personal escalafonado" , y definió cada una de las etapas que los integran.

De otro lado, hizo alusión a la publicidad de los mismos, disponiendo que las convocatorias para los concursos abiertos deberán divulgarse, al menos, en uno de estos medios: la prensa, la radio o la televisión; permitiendo que en los municipios cuya población sea inferior a veinte mil (20.000) habitantes, se haga a través de bandos o edictos, los cuales define.

Y en lo que respecta a la provisión de empleos de carrera, señala que debe realizarse previo concurso, por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso (art. 10 Ley 27/92).

d. Los concursos

En este orden de ideas, el concurso ha sido instituído por la ley como un procedimiento idóneo para proveer cargos de carrera administrativa, y se conforma por una serie de actos y hechos administrativos, a saber: la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el periodo de prueba. (art. 4o. Dec. 1222/93)

1.- La convocatoria (que dice la ley por convocación), es el primer paso del procedimiento de selección y consiste en un llamado que hace la Administración a quienes reúnan determinadas calidades o condiciones para incorporarse a un empleo de carrera administrativa. En ella se consagran las bases del concurso, las cuales difieren de acuerdo con el tipo de concurso y el cargo por proveer; en términos generales, se pueden mencionar, a manera de

ejemplo, algunas de las previsiones que debe contener, a saber: la identificación del cargo, las funciones, la remuneración, los requisitos de estudios para el desempeño del empleo, títulos, experiencia, o en su lugar la forma como se compensan esas exigencias, los documentos que debe presentar el candidato para su inscripción, la demostración de calidades, las funciones del cargo, la clase de exámenes o pruebas que se van a realizar, la indicación del sitio, fecha y hora en que se llevará a cabo el concurso, el tiempo límite de inscripciones, lugar en donde se reciben éstas, la fecha en que se publicarán los resultados, en fin, todos aquellos factores que habrá de evaluarse dentro del concurso. Regulaciones que, como se consagra en el artículo 5o. del mismo decreto, acusado parcialmente, " es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración como a los participantes" , es decir, es ley para las partes.

La convocación garantiza a los aspirantes, en el evento de que cumplan las exigencias estatuídas, igualdad de oportunidades para acceder a ocupar cargos públicos, y el derecho a concursar en igualdad de condiciones.

2.- El reclutamiento, tiene como finalidad determinar quiénes de las personas que se inscribieron para participar en el concurso, reúnen los requisitos y condiciones exigidas por la administración, para lo cual se debe elaborar una lista en la que aparezcan los candidatos admitidos y los rechazados, teniendo en cuenta que en este último caso, solamente se permite excluir a quienes no cumplan con las exigencias señaladas en la convocatoria, las que deberán indicarse a cada uno de los afectados en forma escrita y precisa.

Adviértase que en esta etapa del concurso se hace un análisis meramente objetivo, (edad, nacionalidad, estudios, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, etc) para determinar la aptitud legal de los aspirantes, lo cual se realiza antes de las pruebas o exámenes de conocimientos.

3.- La aplicación de pruebas o instrumentos de selección, tiene como fin esencial " apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidades del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo" (art. 8o. Dec. 1222/93). Con la realización de las pruebas se busca la evaluación del candidato no sólo en el aspecto intelectual por medio de exámenes de conocimientos generales y profesionales específicos de acuerdo con el cargo, sino también sus condiciones de preparación, competencia, capacidad o aptitud física, comportamiento social, idoneidad moral, presentación personal, capacidad para relacionarse con las personas, antecedentes personales y familiares, etc, para lo cual se practicarán pruebas sicológicas, entrevistas y todos aquellos otros mecanismos que se consideren aptos para ese fin.

4.- Lista de elegibles. Valoradas cada una de las pruebas se procede a la elaboración de la denominada *lista de elegibles,* de acuerdo con el puntaje obtenido por cada participante, indicando los candidatos que aprobaron " en riguroso orden de mérito" , como lo ordena el artículo 9o. del Decreto 1222 de 1993, objeto de impugnación.

e.- La norma acusada

Si la carrera administrativa, como ya se expresó, se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, la administración debe seleccionar al más destacado, es decir, a quien ha demostrado una mejor preparación, conocimiento y competencia, de acuerdo con las funciones del empleo y a las necesidades del servicio público.

Así las cosas, el precepto demandado al establecer que con base en los resultados del concurso, el jefe del organismo debe elaborar la lista de elegibles " con los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito" , la cual tendrá una vigencia de un (1) año para los empleos del concurso, y que " efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en orden descendente" , no vulnera la Constitución y por el contrario se adecua a sus mandatos.

No acontece lo mismo, con la parte de la disposición que prescribe: " La provisión del empleo deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles" , que el actor cuestiona por ser discriminatoria y arbitraria, ya que en últimas el nombramiento dependerá de la discrecionalidad del nominador, violando así los artículos 13 y 125 de la Constitución, criterio que comparte plenamente la Corte, por las razones que se esgrimen a continuación:

El legislador ha instituído el concurso de méritos como mecanismo instrumental idóneo para la provisión de cargos de carrera administrativa, regulando cada una de las etapas que lo conforman, tal como se describió en el punto anterior. Sin embargo, llama la atención de la Corte que ni en la Ley 27 de 1992, por medio de la cual se desarrolla el artículo 125 de la Carta, ni en el Decreto Ley 1222 de 1993, parcialmente acusado, se hubiera reglamentado esta materia en una forma más completa, pues se observan carencias en distintos aspectos, lo cual crea inseguridad y puede ser fuente de equívocas interpretaciones.

En lo que respecta a la consagración de los elementos, pruebas o instrumentos de selección que han de aplicarse para apreciar " la capacidad, idoneidad y potencialidades del aspirante" que quiera acceder a un empleo de carrera, como cada uno de los factores que han de calificarse no fueron de-

terminados por el legislador extraordinario, a pesar de tener facultades para hacerlo, quedó librada al criterio del nominador la práctica de tales pruebas, lo cual no resulta conveniente ni a tono con la institución del concurso, pues la existencia de un procedimiento reglado tiende, precisamente, a limitar la apreciación discrecional del nominador, garantizando así de manera eficaz, los derechos de los aspirantes.

Pero sea cual fuere el método o sistema elegido, éste debe contener criterios específicos y concretos para efectuar una selección en la que aparezcan como valores dominantes la capacidad profesional o técnica del aspirante, sus calidades personales y su idoneidad moral, acordes con las funciones del empleo y las necesidades del servicio público. Por tanto, no puede quedar al nominador una libertad absoluta para que designe a su arbitrio, pues, el nombramiento siempre tendrá que recaer en quien haya obtenido el mayor número de puntos.

La calificación de cada uno de los distintos actos que componen las pruebas o instrumentos de selección, dependerá del método o sistema que se elija, y en esta etapa el nominador ejerce una tarea decisiva, pues si bien es cierto que tiene ciertas limitaciones regladas, también lo es que posee alguna discrecionalidad. En efecto, si se trata de la calificación de exámenes o de aquellos requisitos objetivos a los cuales se les ha asignado un determinado valor, la suma de todos estos será una simple operación matemática en la que el ganador será quien ha obtenido el mayor puntaje. Dentro de éstos se encuentran los que se demuestran con documentos, por ejemplo: la edad, la nacionalidad, la profesión, las especializaciones, los antecedentes penales y disciplinarios, la experiencia, etc.

Sin embargo, existen otros factores en los que la calificación meramente objetiva es imposible, y es allí en donde aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones, podría determinar la selección, como sería por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc, condiciones que el nominador está obligado a juzgar con prudencia, equidad, razonabilidad y proporcionalidad, basado solamente en el interés público, el buen servicio, y las funciones propias del empleo, lo que no equivale a sustraerlo a su juicio. Lo que ocurre es que se da un cierto margen de apreciación por pertenecer a consideraciones no cuantificables y es aquí donde juega un papel importante la discrecionalidad del nominador.

Así, la valoración de las condiciones, títulos y demás requisitos de los aspirantes a ocupar un empleo de carrera administrativa, se convierte en reglada y por ello la administración tendrá que señalar cada uno de los factores que habrá de evaluarse dentro del concurso de méritos para efectos de la selec-

ción, los que obviamente son de obligatoria observancia para la autoridad pública respectiva y para los candidatos.

Sobre el tema de la discrecionalidad, esta Corporación al igual que el Consejo de Estado, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades. Entonces, basta insistir en que ella no puede confundirse con la arbitrariedad, pues ésta es caprichosa, no sujeta necesariamente a los propósitos que han de informar la vinculación a las tareas de la función pública, mientras que aquélla ha de ser razonablemente justificada y guiada por el propósito insubrogable de atender de manera óptima, las necesidades del servicio. Tal motivación razonada tiende, además, a garantizar el derecho de defensa de quien se crea lesionado por el ejercicio del poder discrecional. De los criterios usados para la selección, dependerá la rectitud de la decisión discrecional, quedando a salvo la facultad del afectado de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, en caso de que juzgue lesionado su derecho.

Tomás Ramón Fernández, en su obra "Arbitrariedad y discrecionalidad" (Ed. Civitas, Madrid, 1991), señala que la discrecionalidad no es arbitrariedad y, citando una sentencia del Tribunal Constitucional Español, afirma que éstos son más bien, 'conceptos antagónicos' que no se pueden confundir, "pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino -pura y simplemente- la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad".

Y más adelante, agrega: "la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sóla voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho arbitrario ... ".

En este orden de ideas, considera la Corte que la discrecionalidad del nominador en el proceso de calificación de ciertos items, para efectos de la selección de quien ha de ocupar el empleo, no es absoluta, pues si así aconteciera, se desnaturalizaría el concurso, y se consagraría precisamente lo que el Constituyente ha repudiado, el nombramiento o designación que no toma en cuenta el mérito y capacidad del candidato, es decir, la arbitrariedad.

Para esta Corporación es claro, que un verdadero concurso de méritos 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 esos 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.

Sin embargo, esta Corporación ha venido conociendo de múltiples procesos de tutela en los que los accionantes se quejan de haber concursado para ingresar a un cargo de carrera administrativa y, a pesar de haber obtenido un puntaje superior al de quien en últimas se nombró, fueron excluídos con el argumento de la falta de idoneidad moral o social de los concursantes, exclusión que de no estar plenamente justificada se convierte en arbitraria.

En este orden de ideas, 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, que ordena que el ingreso a ella se efectúe "previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, para determinar *los méritos y calidades* de los aspirantes", y si ellos se desconocen, obviamente se infringe la Constitución.

Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el 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. En él, por tanto, se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular.

Recuérdese que uno de los cambios constitucionales de mayor trascendencia fue precisamente la institucionalización de la carrera administrativa, como regla general, para el acceso a los empleos del Estado y, por tanto, son el mérito y la capacidad de los aspirantes su único fundamento. Mediante un apropiado sistema de carrera, se garantiza el derecho de todos a formar parte de la administración pública en igualdad de condiciones y oportunidades, al igual que el derecho de quienes ingresen a ella a tener estabilidad en el empleo, siempre y cuando cumplan fielmente con los deberes del cargo, lográndose así la moralidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad y transparencia en la prestación del servicio público.

Un asunto diferente es el que hace relación a ciertos nombramientos en la rama judicial regulados en la propia Carta y para los cuales se contempla un mecanismo especial. Tales, los previstos en los artículos 231 y 256-2, de los cuales no se ocupa la Corte en la presente ocasión.

En este orden de ideas, se declarará 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 del Estatuto Superior.

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 9o. del Decreto 1222 de 1993, excepto el aparte 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..." , el cual es INEXEQUIBLE.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado
- Aclaración de voto -

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-040
de febrero 09 de 1995

CARRERA ADMINISTRATIVA - Calidades / **CARRERA ADMINISTRATIVA** - Méritos (Aclaración de voto)

Mientras las calidades tienen que ver con atributos objetivos predicables de todos los aspirantes, entre los cuales se destacan la formación académica, la experiencia laboral, o la inexistencia de antecedentes penales o judiciales en general, los méritos tienen una connotación más subjetiva para cuya medición hay que detenerse en consideraciones particulares de cada uno de los aspirantes. Estos elementos subjetivos que contienen la noción de mérito podían excluir a nuestro entender del acceso a la carrera administrativa a personas que por ejemplo no admitiesen la vigencia de la Constitución, ni respetasen ni obedeciesen a las autoridades; con lo cual se actúa en consonancia con la legalidad promovida en el orden constitucional y en la normatividad jurídica, que de otro modo se vería traicionada por una formulación que la contrariase esencialmente, como sería la de admitir que sus servidores fueran sus propios enemigos.

Ref.: Expediente D-652

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 9o. del Decreto 1222 de 1993.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de esta Corporación y acogiendo en el caso de la referencia la parte resolutiva de la sentencia, debo sin embargo aclarar mi voto en el siguiente sentido:

La Carta Política distingue los predicados que deben ser tenidos en cuenta en los aspirantes a cargos de carrera y al ascenso en los mismos, cuales son, los relacionados con sus " méritos" y los relacionados con sus " calidades" (artículo 125 C.P.).

Mientras las calidades tienen que ver con atributos objetivos predicables de todos los aspirantes, entre los cuales se destacan la formación académica, la experiencia laboral, o la inexistencia de antecedentes penales o judiciales en general, los méritos tienen una connotación más subjetiva para cuya medición hay que detenerse en consideraciones particulares de cada uno de los aspirantes.

Esta vocación por el valor del mérito, que encuentra su apoyo en la parte dogmática de la Constitución, según la cual existe un derecho a la honra, que pueda ser amparable en los efectos objetivos del mismo, que no son otros que el reconocimiento del mérito, que cada cual tiene por características sociales y particulares de su propia vida, que quiere amparar el constituyente de 1991 (art. 21 C.P.).

De manera que estos elementos subjetivos que contienen la noción de mérito podrían excluir a nuestro entender del acceso a la carrera administrativa a personas que por ejemplo no admitiesen la vigencia de la Constitución, ni respetasen ni obedeciesen a las autoridades (art. 4o. inciso 2o. de la C.P.); con lo cual se actúa en consonancia con la legalidad promovida en el orden constitucional y en la normatividad jurídica, que de otro modo se vería traicionada por una formulación que la contrariase esencialmente, como sería la de admitir que sus servidores fueran sus propios enemigos.

En apoyo de este criterio se encuentran en el derecho comparado ejemplos que es oportuno citar aquí:

1. La Constitución Política de la República Francesa, prohibe la existencia de movimientos políticos que participen en la dirección del Estado, que no admitan el principio de la soberanía nacional.

2. La ley fundamental de Bonn prohibe la existencia de partidos comunistas y nazis, de suerte que según esa disposición quienes perteneciesen a esos credos políticos no podrían acceder a la función pública.

Fecha, ut supra.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

SENTENCIA No. C-041
de febrero 9 de 1995

CONCURSO DE MERITOS - Nombramiento del primero

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 éste 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. Si, en estas condiciones, el nombramiento recae en quien no es el primero en orden de méritos, ello será así en virtud de la libre voluntad del nominador que habrá transformado el sistema de vinculación a la función pública establecido en la Constitución y la ley, asignándole en la práctica al empleo objeto de concurso el carácter de empleo de libre nombramiento y remoción. La situación descrita viola abiertamente los principios de la justicia y de la buena fe.

CONCURSO DE MERITOS - Nombramiento del primero / **PRINCIPIO DE JUSTICIA** - Violación / **PRINCIPIO DE LA BUENA FE** - Violación

Desde la perspectiva del sistema de concurso, las razones expuestas son suficientes para considerar que la atribución legal de la examinada facultad discrecional a la administración es arbitraria. En efecto, se ha demostra-

do que la anotada discrecionalidad dentro del sistema de concurso, se torna inmune al control de sus hechos determinantes (1), viola los principios de justicia y de buena fe (2) y, finalmente, resulta excesiva y desproporciona da (3).

DERECHO A LA IGUALDAD DE ACCESO A LA FUNCION PUBLICA

El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes, es una manifestación concreta del derecho a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos. La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado.

LISTA DE ELEGIBLES - Estricto orden de méritos

La Corte concluye que la expresión acusada sólo es exequible si la lista de elegibles se estructura en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso y si la designación recae, en consecuencia, en el aspirante que haya ocupado el primer puesto. Desde luego, efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en riguroso orden descendente.

Ref: Demanda Nº D -796

Actor: Arvey Lozano Suelto

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 (parcial) del Decreto 1222 de 1993 "Por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992"

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., Febrero 09 de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Aprobado por Acta Nº 04

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de constitucionalidad contra el artículo 4 (parcial) del Decreto 1222 de 1993 "Por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992"

I. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

DECRETO NUMERO 1222 DE 1993

por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4
del artículo 29 de la Ley 27 de 1992

El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por lo numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992, y oído el concepto de los asesores designados para el efecto,

DECRETA:

(...)

ARTICULO 4°. El proceso de selección o concurso comprende la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, **la conformación de lista de elegibles** y el período de prueba.

(Se subraya la parte demandada).

II. ANTECEDENTES

Preliminares

1.- El gobierno nacional expidió el Decreto 1222 de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 40.928 de junio 28 de 1993, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 29 de la Ley 27 de 1992.

2.- El ciudadano Arvey Lozano Suelto demanda la inconstitucionalidad de la expresión " la conformación de lista de elegibles" del artículo 4 del Decreto 1222 de 1993, por considerarlo violatorio de los artículos 13, 40-7 y 125 de la Constitución.

La expresión "lista de elegibles" se reitera en el artículo 9o del mismo decreto y allí se determina su función concreta, a saber, servir de base a la provisión del empleo objeto del concurso, la que debe recaer en una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la "lista de elegibles".

El cargo de inconstitucionalidad

2. La norma demandada, a juicio del actor, viola los artículos 13, 40-7 y 125 de la CP. La expresión "lista de elegibles", en la que concentra su glosa, desvirtúa el concurso, pues le reconoce al funcionario nominador tanta discrecionalidad que termina por librar dicho mecanismo al juego político. En su lugar ha debido utilizarse, según el demandante, la expresión "lista de méritos". Adicionalmente, aunque sin consignar las razones de su aserto, se advierte que la norma citada viola también los artículos 1 y 10 de la Ley 27 de 1992.

El concepto del Procurador General de la Nación

3. Para el Procurador la expresión "lista de elegibles", pese a comportar "un cierto grado de discrecionalidad", no es arbitraria. La "potestad discrecional" para seleccionar el candidato que ocupe uno de los tres primeros lugares de la lista de elegibles, asegura la correcta escogencia del servidor público y, por ende, la adecuada prestación del servicio. Aparte de la capacidad profesional del aspirante, la que es cuantificable y reducible a cifras, existen otros factores como la idoneidad moral y las calidades personales, que deben ser libremente apreciables por la administración, tanto porque concurre en su favor un derecho de selección como un deber de velar por el buen funcionamiento del servicio. En consecuencia, se desechan los cargos.

III. FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inexequibilidad contra los decretos leyes expedidos por el gobierno, como es el caso del que ahora ocupa su atención (CP art. 241-5).

El problema planteado

2. Según el artículo 125 de la CP., el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

La libertad que la norma acusada otorga al funcionario nominador para efectuar la provisión del empleo con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles, y no necesariamente con el ubicado en el primer orden de mérito, se considera esencial, por parte del ministerio público, para satisfacer el interés general que está ínsito en la adecuada prestación del servicio público.

El concurso público como modalidad ordinaria de vinculación a la función pública prevista en la Constitución, especialmente predicable del ingreso y ascenso dentro de los cargos de carrera, arriesga disolverse - situados en la perspectiva del actor -, si el criterio objetivo del mérito es sustituido por el discrecional y subjetivo de la libre designación. Desde este ángulo el interés general propio del servicio público se satisface nombrando al mejor, esto es, al vencedor del concurso público. De otro lado, el derecho a la igualdad y el principio democrático, en los que se inspira en idéntica medida el sistema del concurso público, serían desconocidos si la designación no respeta el orden riguroso de mérito que arroja el concurso ya realizado.

Así planteada la controversia se observa que ella gira en tomo del grado de discrecionalidad que legalmente puede atribuirse a la administración con posterioridad a la verificación de un concurso público y con antelación a la designación de las plazas o cargos que fueron objeto del mismo. Los argumentos esbozados ponen de presente que la resolución de la discrepancia no es indiferente al peso específico que en esta materia tienen los valores del interés general de la administración, el principio de igualdad y la democracia en un Estado social de derecho. En este orden de ideas, la Corte analizará si cumplido el concurso sus resultados se imponen a la administración o si a ésta le cabe un margen de discrecionalidad para apreciarlos y decidirse de conformidad con su propia visión de las capacidades y calidades de los concursantes que ocupen en ellos los tres primeros lugares.

Potestad organizatoria y discrecionalidad administrativa

3. La función administrativa se ejerce en el marco de la Constitución y la ley (CP art. 6). Las competencias regladas o discrecionales que se asignan a los funcionarios administrativos necesariamente deben tener una fuente normativa superior que estructura su título de habilitación. La actuación administrativa se somete, en su integridad, al ordenamiento jurídico. La discrecionalidad administrativa, independientemente de su grado, se inscribe, pues, en la norma superior que configura la respectiva competencia, sea ésta constitucional o legal y en su orden, y sólo existe dentro de ella y en la medida en que la misma lo disponga.

De acuerdo con la Constitución Política el sistema ordinario de nombramiento es el del concurso público cuya regulación se encomienda a la ley (CP art. 125).

A diferencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, que a título excepcional se admiten en la Constitución, en los de carrera y, en general, en los que se contempla el concurso público para su provisión, la decisión del nominador se sujeta al "previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes" (CP art. 125). En relación con los empleos sujetos a concurso público, la Constitución no atribuye al nominador poder discrecional alguno para su nombramiento. Frente al concurso, la administración, carece de libertad para adoptar una solución diferente o privilegiar otra alternativa que considere sin embargo más apropiada para el interés público. Por el contrario, se parte de la premisa de que el interés público en este caso se sirve mejor acatando el resultado del concurso. La actuación administrativa en lo que respecta a estos empleos no es política y se desarrolla, por ende, de conformidad con estrictas reglas técnicas y objetivas. Si no fuera posible concebir este tipo de normas o expedidas éstas cumplirlas, la finalidad de conformar una administración eficiente y profesional a través del indicado mecanismo estaría desprovista de sentido, y el sistema ordinario de nombramiento que ha debido escoger el Constituyente no habría podido ser otro que el de libre nombramiento y remoción. Distinta ha sido la decisión del Constituyente y a ella debe supeditarse la ley y la actuación de los funcionarios nominadores.

4. Visto que la Constitución no consagra expresamente en favor de la administración un margen de libertad frente al resultado del concurso convocado para suplir un cargo de carrera, la Corte se ocupará de examinar si en su lugar la ley lo hace y si la discrecionalidad que concede resulta legítima.

El Decreto Ley 1222 de 1993 contiene normas aplicables a los concursos. Interesa a la Corte analizar las disposiciones consagradas en su artículo 9o: (1) con base en los resultados del concurso el jefe del organismo elaborará la lista de elegibles, con los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito; (2) la provisión del empleo deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles.

Es evidente que si la provisión se hiciera siguiendo el riguroso orden de mérito que postula la primera regla, no se podría albergar duda sobre su constitucionalidad. El problema constitucional, en cambio, surge de la libertad que la norma concede al nominador para designar según su criterio uno cualquiera de los tres primeros candidatos seleccionados, y no necesariamente el primero.

La constitucionalidad del otorgamiento del descrito margen de discrecionalidad, dependerá de que ella en sí misma no resulte arbitraria y de su compatibilidad con el sistema del concurso público.

En el Estado social de derecho la función administrativa está puesta al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad e imparcialidad, entre otros (CP art. 209). Por consi-

guiente, el legislador, sin exponerse a contrariar dichos principios en los que se sustenta la pauta suprema de objetividad de la acción pública, no puede diseñar una competencia administrativa discrecional o reglada que *ab initio* alumbre o edifique, aún sin proponérselo conscientemente, un poder arbitrario o que fácilmente pueda llegar a serlo.

El único tipo de discrecionalidad que resulta de recibo en el régimen constitucional colombiano, es el que puede fundamentarse en datos y hechos objetivos controlables y vincularse a una finalidad legítima no vulneradora de los principios jurídicos y cuyo ejercicio, además, pueda considerarse razonable y proporcionado.

5. En apoyo de la constitucionalidad de la facultad que la norma acusada confiere a la administración se alega que el concurso se limita a suministrar una información cuantitativa y objetiva sobre los candidatos, que requiere ser complementada con la apreciación directa del nominador acerca de los aspectos personales relevantes para la decisión y que difícilmente se traducen en las pruebas. En otras palabras, el concurso es necesario pero no es suficiente.

La tesis expuesta asume la normal o eventual insuficiencia del concurso, la que se anticipa a subsanar el legislador atribuyendo al nominador la facultad de apelar a su propio criterio valorativo. Dado que el concurso y las pruebas correspondientes en las que éste se articula representan todo lo que es susceptible de acreditación objetiva, lo que se reserva a la evaluación del nominador por fuerza de las cosas carecerá de demostración objetiva y residirá en su fuero íntimo y allí será virtualmente inatacable. Ahora, si las bases de la valoración independiente del nominador pueden ser revisables y no son puramente subjetivas, no habría razón para no incorporarlas en las pruebas y someterlas de acuerdo a su naturaleza a una determinada calificación o ponderación. Si esto es así la insuficiencia del concurso es aparente y la intervención del criterio valorativo del nominador se torna innecesaria. De otra manera, la facultad es arbitraria como quiera que el hecho que la determina se confunde con la mera voluntad del funcionario y deviene incontrastable e inimpugnable.

El Decreto Ley 1222 de 1993, en su artículo 5o, recoge una regla, que es el presupuesto implícito de las competencias o certámenes de oposición, según la cual la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración como a los participantes. 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 éste 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. Si, en estas condiciones, el nombramiento recae en quien no es el primero en orden de méritos, ello será así en virtud de la libre voluntad del nominador que habrá transformado el sistema de vinculación a la función pública establecido en la Constitución y la ley, asignándole en la práctica al empleo objeto de concurso el carácter de empleo de libre nombramiento y remoción. De este modo el objeto del concurso, enunciado en la convocatoria, se cambia unilateralmente por la administración con posterioridad al concurso, ya que en estricto rigor no se trataría de un empleo cuyo sistema de nombramiento fuese el del concurso público.

La situación descrita viola abiertamente los principios de la justicia y de la buena fe (CP arts 2 y 83). El concurso público en el ámbito de la función pública, persigue determinar socialmente quién es la persona que en un momento dado reúne más méritos para acceder al servicio público. Concluido el certamen - que puede ser más o menos complejo según el cargo - e identificada la persona más meritoria de acuerdo con los requisitos y condiciones fijadas en la ley, nombrar a otras distintas, así se ubiquen en los puestos inmediatamente siguientes, es darles a éstas lo que no les corresponde y lo que sólo le es dado recibir al ganador del certamen. Según un eterno mandato de justicia, se debe dar a cada uno lo que le corresponde. Se viola de manera patente esa máxima cuando los perdedores - en relación con el primero, lo son el segundo, el tercero y todos los demás - reciben el premio del ganador. De otra parte, viola el principio de la buena fe que el Estado vuelva contra sus propios actos, vale decir, que desconozca la base esencial de toda convocatoria a un concurso público y se abstenga de derivar llegado el momento, frente al mejor, las consecuencias que se siguen de esa calidad proclamada en su resultado.

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 (CP art. 125). 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. No menos importante es el tipo de pruebas - orales, escritas, entrevistas, diálogos, confrontaciones etc. - y de requisitos - títulos, certificaciones de estudio, experiencia, trabajos, antecedentes, publicaciones etc. - que se contemplen y se exijan. Su contenido no solamente puede revelar conocimientos y aptitudes sino también, como lo atestigua el estado del arte

en esta materia y la experiencia acumulada en otros países en los que los concursos y las oposiciones constituyen práctica cotidiana, a través de ellas y de las puntuaciones y ponderaciones que se prevén, se puede conocer la capacidad crítica de los aspirantes y los rasgos relevantes para aproximar lo más cerca posible el perfil del cargo a lo que se desprende de las pruebas.

En todo caso, igual que el ideal de la justicia perfecta, tampoco existen sistemas de concurso y pruebas que sean absolutamente perfectos y omniscientes y que sean capaces de auscultar hasta el último resquicio de la personalidad del aspirante, lo que aparte de imposible resulta indeseable. Las imperfecciones en esta materia no se resuelven apelando a la voluntad del nominador y sustituyendo el sistema de carrera o concurso por el de libre designación. Los mecanismos del concurso deben permanentemente afinarse y mejorarse, incorporando cambios y ajustes de acuerdo con la experiencia nacional y extranjera, de suerte que se incremente su capacidad de acierto. Los sistemas de carrera, de otro lado, no ignoran las eventuales fallas del mecanismo del concurso, que en ningún momento puede asegurar de manera axiomática que el funcionario seleccionado indefectiblemente será un funcionario ejemplar una vez se incorpore en la planta de personal.

Esta falta de absoluta seguridad en el pronóstico - que ningún sistema de nombramiento puede ofrecer -, no se soluciona subvirtiendo la institución del concurso o desfigurando sus resultados mediante la atribución a la administración de una facultad discrecional de designación, sino mediante la previsión que adopta el decreto citado - común a los sistemas de concurso - consistente en el establecimiento de un período de prueba de cuatro meses dentro del cual la persona escogida será objeto de calificación (ibid, art. 10º), aparte de la puesta en obra de los constantes perfeccionamientos en las pruebas y en los mecanismos de examen y calificación.

Concluye la Corte que el medio al cual acude la norma para paliar las supuestas imperfecciones del sistema de nombramiento por concurso, es desproporcionado y excesivo, pues, aparte de desconocer su esencia y suplantar su resultado con la mera voluntad del nominador, ignora la existencia de otros medios más acordes con esta forma de vinculación al servicio público, tales como el perfeccionamiento de las pruebas y el nombramiento en período de prueba de la persona seleccionada.

Desde la perspectiva del sistema de concurso, las razones expuestas son suficientes para considerar que la atribución legal de la examinada facultad discrecional a la administración es arbitraria. En efecto, se ha demostrado que la anotada discrecionalidad dentro del sistema de concurso, se toma inmune al control de sus hechos determinantes (1), viola los principios de justicia y de buena fe (2) y, finalmente, resulta excesiva y desproporcionada (3).

6. Si bien cabe aceptar una amplia capacidad o poder organizatorio al Estado, que se lleva a cabo principalmente a través de la ley y el reglamento, para determinar su estructura, crear, suprimir y modificar los diferentes empleos y atribuir las respectivas competencias, es importante subrayar que aquélla se desarrolla dentro del marco de la Constitución. A este respecto la Carta no se ha limitado a conceder atribuciones sino que, adicionalmente, ha señalado los principios que deben guiar la función administrativa (CP art. 209) y los límites que ésta ha de respetar, los cuales básicamente están representados por los derechos constitucionales de las personas y de los funcionarios.

El sistema de nombramiento por concurso público, propio de la carrera administrativa, descansa en los principios de igualdad y eficacia de la función pública (CP arts 13,125 y 209). La facultad discrecional que consagra la norma examinada, debe analizarse a la luz de estos dos principios a fin de constatar su grado de compatibilidad con los mismos. La selección del personal de carrera constituye un tramo crucial de la función administrativa, que no puede desligarse de los indicados principios.

Derecho a la igualdad de acceso a la función pública

7. El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), es una manifestación concreta del derecho a la igualdad (CP art. 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP art. 40-7). La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado.

El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.

La facultad discrecional de la administración a la que alude la norma acusada, se erige en factor extemo al concurso y despliega su efecto una vez éste ha concluido, pudiendo incluso operar de manera desligada del orden de mérito arrojado por aquél. La voluntad del administrador, convertida por la norma en requisito para la designación, es ajena al mérito y a la capacidad de los aspirantes. En tanto que el mérito como tal debería imponerse al funcionario nominador, resulta como efecto de la norma que es su voluntad la que adquiere mayor relevancia y peso hasta el punto que la designación puede a su arbitrio coincidir o no con el aspirante que ha acreditado mayor mérito.

La consideración anterior permite a la Corte concluir que la facultad referida, así entendida, viola los artículos 13, 125 y 209 de la CP.

Los principios de eficacia e imparcialidad de la función administrativa

8. Se ha dicho que el sistema de nombramiento por concurso se inspira también en los principios de eficacia e imparcialidad (CO art. 209). El adecuado manejo de los recursos públicos y el satisfactorio cumplimiento de las responsabilidades confiadas a la administración, exigen que su actividad se traduzca en resultados concretos y que para llegar a ellos se utilicen los medios y métodos más racionales y eficientes. De otro lado, la administración tiene, en el mejor sentido de la expresión, naturaleza instrumental respecto de los cometidos gubemamentales y estatales y debe, por ello, obrar con imparcialidad y absoluta neutralidad políticas.

El régimen de ingreso, permanencia y promoción propios de la carrera administrativa, se caracteriza por sus connotaciones técnicas y por su decidida orientación hacia la conformación de un cuerpo administrativo profesionalizado, cuya legitimidad estriba en el mérito y la capacidad. En éste método de selección y promoción se basa en buena parte la garantía de que la administración realice en su práctica diaria los principios de servicio a los intereses generales (objetividad), imparcialidad, eficacia y neutralidad.

A diferencia de la administración, el gobiemo (CP arts 114, 115, 188 y ss y 200 de la CP), que la dirige, se configura a partir de la elección democrática del Presidente de la República y de la libre designación por éste de sus agentes. La función del gobierno como órgano de dirección política, que tiene como tarea la de llevar adelante un programa de acción pública presentado en su oportunidad al electorado, explica la forma peculiar de su conformación.

La norma acusada desatiende por completo la diversa configuración, legitimación y finalidades del gobiemo y de la función administrativa y, por esta

razón, confunde sus diferentes métodos de organización. En el sistema de carrera introduce el factor de libertad en la nominación de los funcionarios, lo que altera profundamente, como se ha visto, dicho régimen y extiende el campo del gobierno más allá de sus confines constitucionales.

Por lo demás, la Constitución Política pretende elevar la carrera a eje central de la administración. La participación democrática que el concurso público suscita y que culmina con la designación del más capaz y meritorio, se proyecta en la vida institucional del país con una virtualidad que la ley no puede ignorar en cuanto que gracias a ella simultáneamente se dan cita y convergen en un mismo plano los principios que nutren al Estado social de derecho: la participación de los ciudadanos en condiciones de igualdad, la justicia que atribuye al mejor de los aspirantes el encargo de servir a la comunidad y el interés general que se satisface incorporando el talento al manejo de la cosa pública.

El anhelo de contar con una administración eficiente y profesional, es hoy mandato constitucional y debe cumplirse absteniéndose la ley de desnaturalizar su esencia.

A la luz de las razones anteriores, semejantes y complementarias a las sostenidas en la sentencia C-040 de 1995, la Corte concluye que la expresión acusada sólo es exequible si la lista de elegibles se estructura en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso y si la designación recae, en consecuencia, en el aspirante que haya ocupado el primer puesto. Desde luego, efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en riguroso orden descendente.

IV. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE la expresión " la conformación de lista de elegibles" del artículo 4° del Decreto 1222 de 1993, bajo el entendido de que conforme a la sentencia C-040 de 1995, el ganador del concurso deberá ser el nominado y que efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán de acuerdo con las personas que sigan en estricto orden descendente.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insertese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivese el expediente.

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado
- Aclaración de voto -

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-041
de febrero 9 de 1995

CARRERA ADMINISTRATIVA - Calidades / **CARRERA ADMINISTRATIVA** - Méritos (Aclaración de voto)

Mientras las calidades tienen que ver con atributos objetivos predicables de todos los aspirantes, entre los cuales se destacan la formación académica, la experiencia laboral, o la inexistencia de antecedentes penales o judiciales en general, los méritos tienen una connotación más subjetiva para cuya medición hay que detenerse en consideraciones particulares de cada uno de los aspirantes. Estos elementos subjetivos que contienen la noción de mérito podían excluir a nuestro entender del acceso a la carrera administrativa a personas que por ejemplo no admitiesen la vigencia de la Constitución, ni respetasen ni obedeciesen a las autoridades; con lo cual se actúa en consonancia con la legalidad promovida en el orden constitucional y en la normatividad jurídica, que de otro modo se vería traicionada por una formulación que la contrariase esencialmente, como sería la de admitir que sus servidores fueran sus propios enemigos.

Ref. Expediente D-796

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4o. (parcial) del Decreto 1222 de 1993.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de esta Corporación y acogiendo en el caso de la referencia la parte resolutiva de la sentencia , debo sin embargo aclarar mi voto en el siguiente sentido:

La Carta Política distingue los predicados que deben ser tenidos en cuenta en los aspirantes a cargos de carrera y al ascenso en los mismos, cuales son, los relacionados con sus " méritos" y los relacionados con sus " calidades" (art. 125 C.P.).

Mientras las calidades tienen que ver con atributos objetivos predicables de todos los aspirantes, entre los cuales se destacan la formación académica, la experiencia laboral, o la inexistencia de antecedentes penales o judiciales en general, los méritos tienen una connotación más subjetiva para cuya medición hay que detenerse en consideraciones particulares de cada uno de los aspirantes.

Esta vocación por el valor del mérito, que encuentra su apoyo en la parte dogmática de la Constitución, según la cual existe un derecho a la honra, que pueda ser amparable en los efectos objetivos del mismo, que no son otros que el reconocimiento del mérito, que cada cual tiene por características sociales y particulares de su propia vida, que quiere amparar el constituyente de 1991 (art. 21 C.P.).

De manera que estos elementos subjetivos que contienen la noción de mérito podrían excluir a nuestro entender del acceso a la carrera administrativa a personas que por ejemplo no admitiesen la vigencia de la Constitución, ni respetasen ni obedeciesen a las autoridades (art. 4o. inciso 2o. de la C.P.); con lo cual se actúa en consonancia con la legalidad promovida en el orden constitucional y en la normatividad jurídica, que de otro modo se vería traicionada por una formulación que la contrariase esencialmente, como sería la de admitir que sus servidores fueran sus propios enemigos.

En apoyo de este criterio se encuentran en el derecho comparado ejemplos que es oportuno citar aquí:

1. La Constitución Política de la República Francesa, prohibe la existencia de movimientos políticos que participen en la dirección del Estado, que no admitan el principio de la soberanía nacional.

2. La ley fundamental de Bonn prohibe la existencia de partidos comunistas y nazis, de suerte que según esa disposición quienes perteneciesen a esos credos políticos no podrían acceder a la función pública.

Fecha, Ut Supra.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

SENTENCIA No. C-042
de febrero 9 de 1995

ESTATUTO DE BOGOTA / SENTENCIA INHIBITORIA POR FALTA DE COMPETENCIA

Con fundamento en la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, concluye la Corte que carece de competencia para conocer sobre la constitucionalidad de los artículos 154 numeral 4o. y 155 del Decreto 1421 de 1993, no obstante que la providencia transcrita del Consejo Superior de la Judicatura no se ocupe de las demandas materia de esta actuación. La Corte se inhibirá de fallar en el asunto de la referencia, por falta de competencia.

Ref.: Expedientes D-646 y D-674 (Acumulados)

Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 154 (parcial) y 155 del Decreto 1421 de 1993, " Por el cual se dicta el Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá" .

Actores: Carlos Hernando Pardo Guevara y Lucy Cruz de Quiñones

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., febrero nueve (9) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Carlos Hernando Pardo Guevara y Lucy Cruz De Quiñones, mediante sendos escritos presentados por separado ante la Corte Constitucional y en ejercicio de la acción pública establecida en la Constitución Política de 1991 demandan la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto No. 1421 de 1993 " por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá" .

Se observa que la demanda presentada por el ciudadano Carlos Hernando Pardo Guevara fue radicada con el No. D-646 y se dirige contra el artículo

155 del Decreto 1421 de 1993; y la demanda presentada por la ciudadana Lucy Cruz de Quiñonez fue radicada bajo el número D-674 y se dirige contra el artículo 154, numeral 4o. del Decreto No. 1421 de 1993.

En la oportunidad correspondiente, la Sala Plena de esta Corporación ordenó la acumulación de las demandas de la referencia y la apertura de un expediente para los dos escritos, bajo la responsabilidad de un mismo Magistrado Sustanciador; además, el Despacho al que correspondió por reparto el conocimiento de las mencionadas demandas resolvió admitirlas para su trámite por vía del procedimiento previsto en el Decreto 2067 de 1991.

De igual modo, se decretó la fijación en lista de las demandas y se ordenó hacer las comunicaciones de rigor constitucional y legal al señor Presidente de la República, a los señores Ministros de Gobierno, de Hacienda y Crédito público y al Director Nacional de Planeación.

Una vez admitidas las demandas, cumplida la fijación en lista del negocio y realizadas las comunicaciones de rigor constitucional y legal, se dió traslado al Despacho del señor Procurador General de la Nación, quien dentro de la oportunidad procesal correspondiente, rindió el concepto de su competencia.

Dentro del término de fijación en lista, la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, mediante apoderado presentó escrito en el que defiende la constitucionalidad de las normas demandadas.

II. EL TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

El texto de las disposiciones acusadas en las demandas es del siguiente tenor:

"DECRETO NUMERO 1421 DE 1993
"(julio 21)

"Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá

".....

"Artículo 154. Industria y Comercio. A partir del año de 1994 se introducen las siguientes modificaciones al impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital:

"....

"4. Se consideran actividades de servicio todas las tareas, labores o trabajos ejecutados por persona natural o jurídica o por sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien los contrata, que genere contraprestación en dinero o en especie y que se concreten en la obligación de hacer, sin importar que en ellos predomine el factor material o intelectual."

"Artículo 155. Predial Unificado. A partir del año gravable de 1994, introdúcense las siguientes modificaciones al impuesto predial unificado en el Distrito Capital:

"1a. La base gravable será el valor que mediante autoavalúo establezca el contribuyente y el cual no podrá ser inferior al avalúo catastral o autoavalúo del año inmediatamente anterior, según el caso, incrementado en la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor en el año calendario inmediatamente anterior certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Cuando el predio tenga un incremento menor o un decremento, el contribuyente solicitará autorización para declarar el menor valor.

"2a. El contribuyente liquidará el impuesto con base en el autoavalúo y las tarifas vigentes. Lo hará en el formulario que para el efecto adopte la administración tributaria distrital. Si el impuesto resultante fuere superior al doble del monto establecido el año anterior por el mismo concepto, únicamente se liquidará como incremento del tributo una suma igual al ciento por ciento (100%) del predial del año anterior. La limitación aquí prevista no se aplicará cuando existan mutaciones en el inmueble ni cuando se trate de terrenos urbanizables no urbanizados o urbanizados no edificados.

"3a. Cuando la administración establezca que el autoavalúo fue inferior al cincuenta por ciento (50%) del valor comercial del predio, liquidará el impuesto con base en este valor y se aplicará la sanción por inexactitud que regula el estatuto tributario. Para los años 1995 y siguientes el concejo podrá elevar progresivamente el porcentaje del autoavalúo en relación con el valor comercial del inmueble, sin que pueda exceder del ochenta por ciento. Para efectos de lo previsto en el presente numeral, cuando el contribuyente considere que el valor comercial fijado por la administración no corresponde al de su predio, podrá pedir que a su costa, dicho valor comercial se establezca por perito designado por la lonja de propiedad raíz.

"4a. Responderán solidariamente por el pago del impuesto, el propietario y poseedor del predio.

"5a. La administración distrital podrá establecer bases presuntas mínimas para los autoavalúos de conformidad con los parámetros técnicos sobre precios por metro cuadrado de construcción o terreno según estrato, y

"6a. El concejo fijará las tarifas de acuerdo a la ley. Mientras no lo haga, regirán para todos los predios las vigentes para el primer año de los formados según su categoría y estrato conforme a las disposiciones del Acuerdo 26 de 1991."

III. LAS DEMANDAS

A. Demanda presentada por Carlos Hernando Pardo Guevara. Expediente D-646

Como se advirtió, la demanda presentada por el ciudadano Carlos Hernando Pardo Guevara se dirige contra el artículo 155 del Decreto 1421 de 1993.

1. Disposiciones Constitucionales que se Consideran Infringidas

Para el actor el artículo 155 del Decreto 1421 de 1993 es contrario a lo dispuesto por los artículos 287, 313 numeral 4o., 317 y 338 de la Constitución Nacional.

2. Fundamentos de demanda

El demandante formula el concepto de la inconstitucionalidad que reclama y lo fundamenta en las consideraciones que se resumen así:

En primer término advierte que los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 155 del Decreto 1421 de 1993 violan las normas constitucionales indicadas porque "En ellos se establece el autoavalúo y sanciones, o sea que son los contribuyentes quienes deben establecer sus bases gravables y aplicarse las sanciones, cuando éstas fueren del caso, violando el art. 338 de la C.N., que obliga a los Concejos a que sean ellos quienes directamente deban fijar la base gravable sobre la cual deban pagar sus impuestos los contribuyentes."

Sostiene que la disposición acusada viola el art. 287 de la C.N. que indica que las entidades territoriales son las que deben establecer los tributos; el 313 numeral 4o. que ordena al Concejo votar los impuestos, pues afirma que "es el contribuyente quien los determina teniendo en cuenta el valor comercial del predio, valor comercial que no fija nadie. Qué valor comercial puede tener una casa de habitación para una familia que lleva viviendo 20 a 25 años que nunca ha arrendado y que nunca ha pensado vender? El valor comercial es 0"

Advierte que el Gobierno al legislar "le quitó al Concejo Distrital la facultad constitucional de determinar la base gravable del impuesto predial y en cambio le atribuyó a la administración una que no le corresponde como es la de revisar la base gravable que se autodeterminó el contribuyente y si no le parece correcta, revisarla y sancionarla, y además, le atribuyó otra a los contribuyentes que tampoco le son admitidas constitucionalmente, como es la de determinarse su propia base gravable y con fundamento en ella, liquidarse él mismo sus impuestos."

B. Demanda presentada por Lucy Cruz de Quiñones

En este caso, la demandante reclama la inconstitucionalidad del artículo 154 numeral 4o.

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Para la actora el artículo 154 numeral 4o. del Decreto 1241 de 1993 es contrario a lo dispuesto en los artículos 13, 67, 68, 70, 71, 150 y 338 de la Constitucional Nacional.

2. fundamentos de la demanda

El concepto de la violación que se presenta por la demanda se funda en las razones que se resumen así:

En primer término, advierte que "el Gobierno excedió la competencia material atribuída por el artículo 41 transitorio, que se viola, así como los artículos 338 y 150 por arrogarse facultades propias del legislador". En este sentido, sostiene que la Carta de 1991 "estableció que en ningún caso se podrán conferir facultades extraordinarias al ejecutivo para decretar impuestos (artículo 150 numeral 10 inciso final C.N.). Al propio tiempo el artículo 338 de la Constitución atribuyó a los órganos representativos la función de decretar contribuciones fiscales y parafiscales, en tiempo de paz, y tales órganos son enunciados taxativamente por la norma superior como el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales. En el orden territorial se reserva a las corporaciones administrativas de elección popular el poder de adoptar en su jurisdicción impuestos autorizados por la ley (arts. 300 numeral 4o. y 313 numeral 4o.)."

- Por otra parte, sostiene que la norma acusada viola el principio constitucional y la equidad tributaria, pues resulta inadmisible que establezca un impuesto a todos los servicios, incluídos los educativos y otros servicios públicos haciéndolos más gravosos que en el resto del país. En este mismo sentido, indica que la disposición acusada "con la imposición del impuesto de Industria y Comercio y Avisos a la actividad de servicio público de educación prestada por cualquier institución, impone una carga adicional espe-

cialmente a las instituciones privadas -dado que la norma no distingue en cuanto a los sujetos-, por falta de equidad, porque precisamente se imponía un estímulo fiscal para promover la actividad o un subsidio estatal para favorecer la actividad de los particulares en este sector de servicios, pero no un gravamen adicional para Bogotá."

- Afirma que la norma acusada viola el principio de la igualdad de oportunidades para acceder al disfrute del derecho a la educación, porque con la imposición del nuevo tributo, las instituciones privadas que prestan dicho servicio, trasladan al usuario el costo del impuesto en las matrículas o las pensiones.

IV. INTERVENCION DE AUTORIDAD PUBLICA

Dentro del término de fijación en lista, la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, mediante apoderado, presentó escrito en el que justifica la constitucionalidad de las normas acusadas, con base en los siguientes razonamientos que se resumen así:

- Indica que el Gobierno Nacional al promulgar el Decreto 1421 de 1993 "actuó como sustituto del legislador, ejerciendo una competencia legislativa directa (excepcional y transitoria) que la Constitución claramente le otorga a fin de evitar un vacío normativo para la capital". Competencia contemplada en el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional.

- Sostiene que de acuerdo con la Constitución Política es a la ley a la que le corresponde determinar los sujetos, los hechos y la base gravable de los tributos, tal como en este caso lo ha hecho el Decreto 1421 de 1993, con respecto al impuesto de industria y comercio y al impuesto predial, "Pretender que la ley deba apartarse de los aspectos tributarios en aras de la autonomía de las entidades territoriales equivaldría a admitir un grado de independencia que es propio de un modelo diferente de organización del Estado."

V. EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador General de la Nación rindió en término el concepto fiscal de su competencia, y en él solicitó a la Corte Constitucional que declare que los artículos 154, numeral 4o. y 155 del Decreto 1421 de 1993 son exequibles.

El Despacho del Procurador General de la Nación fundamenta su solicitud dentro de este proceso en las consideraciones que se resumen a continuación:

- Advierte que el fundamento normativo de las facultades mediante las cuales se expidió el Decreto 1421 de 1993 no se halla ni en las previsiones ordinarias contenidas en el artículo 150 numeral 12, ni en las prohibiciones

del artículo 150 numeral 10 de la Carta Política, sino en las facultades extraordinarias contenidas en el artículo 41 transitorio de la Carta, facultades otorgadas por el constituyente al ejecutivo.

- Sostiene el señor Procurador, que el límite material al que debía circunscribirse el ejecutivo lo conformaban los asuntos contenidos en los artículos 322, 323 y 324 de la Constitución. Normas todas relacionadas con el Régimen Especial con arreglo al cual debía organizarse el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, dentro de los cuales se encuentra el régimen fiscal, del cual no se puede excluir la materia tributaria. En esa medida, sostiene que "estaba habilitado el legislador extraordinario para crear un nuevo hecho generador en lo que al impuesto de Industria y Comercio se refiere". Por lo anterior, solicita que se declare la exequibilidad del artículo 154 numeral 4o. del Decreto 1421 de 1993.

Por otra parte, afirma que el artículo 155 de Decreto 1421 de 1993 "no crea un nuevo impuesto ni un nuevo elemento de la obligación tributaria. Es en cambio el procedimiento que debe utilizarse para determinar la base gravable del impuesto predial." Y es que desde la vigencia de la Ley 94 de 1990 se concibió el avalúo catastral como la forma de determinar el valor de los predios. En ese mismo sentido indica que "la base gravable sea el valor del avalúo catastral o del autoavalúo, es tan sólo un parámetro que el legislador dentro de una política impositiva consideró como el más apropiado, pues si la propiedad va a representar una base impositiva los más lógico es que se dé un valor para tales efectos".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Determinación de la competencia

En otro caso antecedente y sobre la competencia para adelantar el control constitucional del Decreto 1421 de 1993 "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá", se suscitó un conflicto de competencia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, toda vez que cada una de ellas consideraba que debía conocer de las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra el mencionado decreto.

Cabe destacar que las causas respecto de las cuales se produjo la colisión de competencia, son los expedientes distinguidos en esta Corporación con los números D-469, D-472, D-563 y los acumulados D-590, D-597 y D-603.

El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, resolvió el conflicto suscitado, mediante providencia de octubre trece (13) del

presente año y declaró "que la competencia para conocer de las demandas presentadas contra el Decreto 1421 de 1993, en todo o en parte corresponde al H. Consejo de Estado, a donde se remitirán".

Manifestó esa Corporación:

"... la Constitución es un compendio de normas superiores que deben respetarse individual y conjuntamente consideradas, pero limitando la función de control a las puntualizaciones que la misma norma estableció; sin duda con el propósito de que un exceso de celo no convirtiera al guardador en constituyente permanente.

"De tal manera, leyendo detenidamente el artículo 241 de la Carta, se observa que sólo sus numerales 5 y 7 se refieren a decretos con fuerza de ley o a decretos legislativos, y que dichos numerales se contraen a conceder a la Corte Constitucional la vigilancia sobre la constitucionalidad de los decretos que el Gobierno dicte con fundamento en los artículos 150 numeral 10; 341; 212; 213; y 215 de la Norma Superior; expresiones que sin lugar a dudas conceden un control restringido y muy determinado en esta materia, toda vez que en estas normas no se agota la posibilidad del Gobierno de expedir decretos-ley.

(...)

"Por lo demás, el artículo 10 transitorio de la Constitución Nacional dispuso que 'los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los artículos anteriores tendrá fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional'; pero como la norma acusada, Decreto 1421 de 1993, fue dictado por el Presidente de la República en uso de las atribuciones que le confirió el artículo 41 transitorio de la Carta, resulta obvio que el tratamiento de control constitucional establecido en el artículo 10 mencionado no la cobija en vista de que es una norma muy posterior la que autoriza al Presidente de la República para expedirla" (negrillas fuera de texto).

"Con base en los planteamientos expuestos, a esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no le cabe la menor duda de que la competencia para conocer de las demandas señaladas que cursan contra el Decreto 1421 de 1993, en todo o en parte, por una supuesta inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado, en virtud de la competencia residual consagrada en el artículo 237 numeral 2o. de la Carta a favor de esta Corporación, habida cuenta de que la disposición atacada se profirió con apoyo en el artículo 41 transitorio del Texto Superior, que se encuentra por fuera de la comprensión que abarcan los numerales 5 y 7 de su artículo 241, que señala específicamente el ámbito de conocimiento de la Corte Constitucional en esta materia" (negrillas fuera de texto).

Con fundamento en la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, concluye la Corte que carece de competencia para conocer sobre la constitucionalidad de los artículos 154 numeral 4o. y 155 del Decreto 1421 de 1993, no obstante que la providencia transcrita del Consejo Superior de la Judicatura no se ocupe de las demandas materia de esta actuación.

En esta oportunidad la Corte debe acatar las consideraciones allí vertidas y actuar de conformidad con la interpretación que aparece en sus considerandos, en razón de las especiales competencias que le atribuye la Carta al órgano encargado de dirimir los conflictos de competencia entre las varias jurisdicciones.

Desde luego, este es un fallo inhibitorio que se produce una vez surtidos todos los trámites correspondientes a esta actuación judicial, para poner fin a ella dentro de los términos constitucionales y legales, y en atención a la vigencia del mencionado precedente interpretativo, que se aplica en este asunto, para permitir que el órgano que ha sido declarado como competente, proceda de conformidad con lo que le corresponda.

Por lo anterior, y de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 6o. inciso 4o. del Decreto 2067 de 1991, la Corte se inhibirá de fallar en el asunto de la referencia, por falta de competencia.

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

RESUELVE

Declararse inhibida para resolver sobre la demandas instauradas contra los artículos 154 numeral 4o. y 155 del Decreto 1421 de 1993, "Por el cual se dicta el Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá," con fundamento de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-051
de febrero 16 de 1995

DECRETO DE ESTADO DE SITIO / FACULTADES EXTRAORDINARIAS

Nos encontramos con unas facultades extraordinarias que el Gobierno se concede a sí mismo, por medio de un decreto dictado en virtud de la declaración del estado de sitio. Este es un primer vicio, porque ostensiblemente se excedían los límites de los poderes que el estado de excepción otorgaba al presidente. El, cuyas facultades se limitaban a la suspensión de las leyes incompatibles con el estado de sitio, no podía facultarse, en forma permanente, para legislar sobre asuntos reservados al Congreso.

PATRONOS SIN ANIMO DE LUCRO - Desmedro de trabajadores

Lo que no tiene justificación a la luz de la Constitución, es conceder ventajas a algunos patronos en desmedro de ciertos trabajadores. Estos no tienen por qué pagar los favores que el Estado otorgue a sus patronos. Pues la retribución que el trabajador reciba, debe corresponder a sus aptitudes y a la labor que desempeña. No hay que olvidar, por otra parte, que la ausencia del ánimo de lucro se predica de las personas que son miembros de una asociación o corporación, pero no de ésta en sí misma considerada. Algunas de ellas están dedicadas a actividades de alta rentabilidad, que les permiten acumular riquezas. No están, en consecuencia, en incapacidad de retribuir normalmente a sus trabajadores.

CONCORDATO - No contempla asuntos laborales

El Concordato aprobado por la Ley 20 de 1974, no menciona las relaciones laborales entre la Iglesia y los trabajadores a su servicio, o al servicio de las personas sometidas al derecho canónico.

SERVICIO DOMESTICO - Auxilio de cesantía /
PRESTACIONES SOCIALES COMPLETAS

Si el servicio doméstico es un lujo, quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores. La limitación del auxilio de cesantía se opone a la elevación del nivel de vida de los servidores domésticos, elevación impuesta por la solidaridad social.

SERVICIO DOMESTICO - Auxilio de cesantía

El auxilio de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico sólo se liquidará sobre el salario que reciban en dinero, la Corte estima que es una limitación razonable que no es contraria a la Constitución. A esta conclusión se llega si se analizan las condiciones en que se presta esta clase de servicios, y en especial la dificultad práctica de dar un tratamiento uniforme a lo que se recibe como salario en especie. Además, podría llegarse al resultado no querido de desmejorar las condiciones de vida de los mismos trabajadores del servicio doméstico, ante el temor por la cuantificación de todo lo que integra el salario en especie.

Ref.: Expediente D-696

Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 338 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados como legislación permanente por la Ley 141 de 1961.

Actor: Jaime Cordoba Triviño

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número tres (3), correspondiente a la sesión de la Sala Plena, llevada a cabo el día diez y seis (16) del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Jaime Córdoba Triviño, en su calidad de Defensor del Pueblo, con fundamento en el artículo 9, numeral 9, de la Ley 24 de 1992, que lo faculta para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución, presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 338 (parcial) del Código Sustantivo de Trabajo, expedido por medio de los Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados como legislación permanente por la Ley 141 de 1961.

Por auto del cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), el Magistrado sustanciador, admitió la demanda por cumplir con los

requisitos legales establecidos en el artículo 2, del Decreto 2067 de 1991; y ordenó la fijación del negocio en lista por diez (10) días, 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 del expediente al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor.

Así mismo, les fue enviada copia de la demanda, al señor Presidente de la República y al señor Presidente del Congreso, para que, si lo estimaban oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

Cumplidos los trámites previstos 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 la norma acusada, en el cual se subraya lo demandado:

" Artículo 338: Prestaciones sociales: 1. Los patronos que ejecuten actividades sin ánimo de lucro quedan sujetos a las normas del presente Código; ***pero para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados, el Gobierno puede efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones.***

" ***2. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a aquellas personas que, de acuerdo con el Concordato, están sometidas a la legislación canónica.***"

B. LA DEMANDA

Según el demandante, los apartes acusados del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo quebrantan los artículos 13, 25, 53 y 93 de la Constitución.

Para el actor, los apartes demandados desconocen ostensiblemente el derecho a la igualdad, pues permiten que un determinado grupo de trabajadores sea excluído de los beneficios mínimos que, en materia prestacional, establecen las normas laborales para todos los trabajadores.

El legislador, en este caso, dejó de lado una de las características principales de toda norma, la generalidad y abstracción, para favorecer a un grupo determinado de patronos: los que realizan actividades sin ánimo de lucro, en desmedro de los derechos mínimos de sus trabajadores. Actualmente, por ejemplo, el Decreto 53 de 1952, reglamentario del artículo 338 acusado, es-

tablece que los trabajadores de entidades sin ánimo de lucro, sólo tienen derecho al cincuenta por ciento (50%) de las prestaciones que recibe un trabajador de un patrono sometido al régimen general.

Es claro, dice el actor, que la ley reconozca beneficios para esta clase de entidades, dada su naturaleza no lucrativa o especulativa. Sin embargo, esos beneficios no pueden concederse con menoscabo de los derechos de los trabajadores.

El numeral acusado desconoce, igualmente, los derechos laborales reconocidos por los distintos tratados internacionales, en especial los consagrados en la Carta Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador.

Adicionalmente, y en relación con el numeral segundo, señala que el Concordato aprobado por Colombia en 1974, no regula ningún aspecto de carácter laboral. Por ello, no es posible que el numeral acusado remita a una legislación que no existe.

Finalmente se pregunta si el Estado puede cumplir su función de velar por la efectividad de los derechos de las personas, si se permite que un aspecto tan relevante como las relaciones laborales, se regule por una legislación distinta a la del Estado Colombiano.

C. INTERVENCIONES

Según informe secretarial del seis (6) de septiembre del año en curso, el término de fijación en lista, para intervenir en defensa o impugnación de las normas acusadas, transcurrió y venció en silencio.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

Por medio del oficio número 517, del diez y nueve (19) de octubre de 1994, el Procurador General de la Nación, doctor Orlando Vásquez Velásquez, rindió el concepto de rigor, solicitando a la Corte Constitucional declarar INEXEQUIBLES los apartes demandados del artículo 338 del Código Sustantivo de Trabajo.

El Ministerio Público hace el análisis de la norma acusada, partiendo de los supuestos de hecho que ella regula. Pues, en su concepto, los supuestos de hecho contemplados en el artículo 338, son distintos. Por una parte, están los patronos con carácter de empresa y que realizan actividades de carácter lucrativo y, por otra, los patronos que no son empresa y cuyo objeto social,

no es especulativo o lucrativo. Supuestos de hecho que deben tener consecuencias jurídicas diversas.

Así, por ejemplo, en materia fiscal se han reconocido, en favor de las fundaciones sin ánimo de lucro, incentivos que les permiten desarrollar con mayor facilidad sus actividades, convirtiéndose, a su vez, en un estímulo para ellos, sin que por ello pueda alegarse un desconocimiento del derecho a la igualdad, por el trato diferencial frente a las empresas o sociedad con fines especulativos.

Sin embargo, la facultad del legislador para establecer consecuencias jurídicas diversas, según se trate de patronos con ánimo de lucro o sin él, no opera en relación con los trabajadores, pues ellas resultan discriminatorias y, por ende, contrarias a la Constitución, porque sin importar cúal sea el objeto de la empresa o quién sea el patrono, su posición no cambia. Por ello, los beneficios mínimos que consagra la Constitución para los trabajadores, se aplican por igual a todos, sin importar quién es o qué hace el patrono.

Así las cosas, la norma, en sus apartes acusados, no sólo no es razonable, sino que resulta desproporcionada, pues buscó beneficiar a unos patronos, consagrando una discriminación para un sector diferente: los trabajadores.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Procede la Corte Constitucional a resolver sobre la presente demanda, previas las siguientes consideraciones.

Primera.- Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por estar dirigida la demanda contra una norma que hace parte de un decreto legislativo, convertido, además, en legislación permanente (numerales 4 y 7 del artículo 241 de la Constitución, y disposiciones concordantes).

Segunda.- Facultad que el inciso primero del artículo 338, concede al Gobierno.

Lo primero que hay que decir en relación con la norma demandada, consiste en que ella implica una especie de facultad extraordinaria que el ejecutivo se confiere a sí mismo. Por este aspecto, es claro que ella es contraria a la anterior Constitución, en cuya vigencia se dictó.

Para comenzar, es menester recordar que las facultades extraordinarias al presidente de la república, de conformidad con el artículo 76, según la reforma de 1945, *solamente las podía conferir el Congreso*, y temporalmente.

Aqui nos encontramos con unas *facultades extraordinarias* que *el Gobierno se concede a sí mismo*, por medio de un decreto dictado en virtud de la declaración del estado de sitio. Este es un primer vicio, porque ostensiblemente se excedían los límites de los poderes que el estado de excepción otorgaba al presidente. El, cuyas facultades se limitaban a la suspensión de las leyes incompatibles con el estado de sitio, no podía facultarse, en forma permanente, para legislar sobre asuntos reservados al Congreso, como éste sobre el cual versa la norma acusada.

Pero, además, ni siquiera el Congreso de la República habría podido otorgar una facultad extraordinaria como ésta, sin límite de tiempo para su ejercicio.

Por estas razones, examinada, como corresponde hacerlo, a la luz de la Constitución vigente cuando se dictó, la norma es inexequible, y así habrá de declararlo la Corte en esta sentencia, sin perjuicio del examen de su contenido, comparándolo ya con la Constitución vigente.

Tercera.- Lo que se debate

Como ya se dijo, la demanda cuestiona la constitucionalidad del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto exceptúa a dos categorías de trabajadores, para los efectos de las prestaciones sociales, del régimen laboral ordinario. Tales trabajadores son los que prestan sus servicios a los patronos que ejecutan actividades sin ánimo de lucro, y a las personas sometidas a la legislación canónica según el Concordato.

En consecuencia, es menester examinar esta norma a la luz de los textos que en la Constitución consagran la igualdad y la protección al trabajo.

Cuarta.- Algunas reflexiones sobre la igualdad en lo que tiene que ver con los trabajadores

El artículo 13 de la Constitución al consagrar la igualdad, comienza por la declaración de que "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley". Pero para que la igualdad no se reduzca a un enunciado teórico, sin efectos en la práctica, la norma continúa diciendo que "recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades..." Y concluye el inciso primero con la prohibición de toda

"discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

El inciso segundo de la norma mencionada, establece que el Estado promoverá "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

El que la igualdad deba ser "real y efectiva" permite que la ley, en casos especiales, de un trato diferente a algunas personas, siempre y cuando ello se justifique. La Corte ha sostenido que cuando las diferencias son razonables y no contradicen normas constitucionales, no puede hablarse de violación del principio establecido en el artículo 13. Al respecto, esta Corporación ha expresado:

"Ese 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 generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente 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. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.(Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1992. Magistrado Ponente:Dr. Alejandro Martínez Caballero.)

En tratándose del trabajo, el artículo 53 se refiere a una de las aplicaciones concretas del artículo 13*: la igualdad de oportunidades para los trabajadores*. Esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su patrono. Este es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: *a trabajo igual, salario igual.*

En conclusión, *la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores.*

Quinta.- El derecho al trabajo

Según el artículo 25 de la Constitución, "El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado". Además, "toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

Del texto transcrito deben destacarse, en esta sentencia, dos aspectos: el primero, la "especial protección" que el Estado debe otorgar al trabajador. ¿Protección para qué? Para que en relación con él se garanticen "los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución". Principios entre los cuales cabe destacar el de la igualdad, ya examinado. Derechos, como el que tiene toda persona a un trabajo en condiciones dignas y justas. Y deberes, como el de la solidaridad social, en virtud del cual todos estamos obligados a promover el bienestar general, que en alguna forma contribuye al bienestar de cada uno.

El segundo aspecto es el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. A este respecto, son pertinentes estos comentarios.

El calificativo de dignas que se da a las condiciones del trabajo, hay que entenderlo como derivado de la dignidad propia del ser humano. Y si éste, en el plano jurídico, es igual a todos sus semejantes, no tiene sentido el que en abstracto las condiciones del trabajo, en particular su retribución, sean diferentes. Ello implicaría el que la dignidad misma fuera mensurable, al punto de afirmar que unas personas tienen más dignidad que otras. Pretensión inaceptable a la luz de las leyes que nos rigen.

Viniendo al tema de la justicia, ¿serán, acaso, justas las condiciones desfavorables de un trabajo, basadas solamente en factores propios del patrono y ajenos al trabajador y a la labor que realiza? Entre dos trabajadores que ejecuten el mismo trabajo, uno de los cuales sirve a uno de los patronos a que se refiere el artículo 338, y el otro a un patrono sometido al régimen general, ¿cómo aceptar que son justas las condiciones desfavorables del primero?

En síntesis, la norma acusada no interpreta los artículos 25 y 53 de la Constitución; por el contrario, los contradice.

Sexta.- Los patronos que ejecutan actividades sin ánimo de lucro: el Estado puede estimular sus actividades, sin perjuicio de los derechos de los trabajadores.

El artículo 338, en lo que se refiere a los patronos que ejecutan actividades sin ánimo de lucro, obedeció a la finalidad de darles un tratamiento favorable, en razón de las tareas que ordinariamente cumplen en bien de la comunidad. Esto es especialmente acertado si se piensa en las corporaciones y fundaciones de beneficencia pública reglamentadas por el título XXXVI del Libro Primero del Código Civil.

En lo relativo a las personas sometidas a la legislación canónica, la norma se explica en razón de la mayoría católica que existe en el país, y por la cre-

encia de que las prácticas religiosas ayudan a mantener el orden social, y, por lo mismo, contribuyen al bienestar colectivo.

Pero si el Estado quiere estimular determinadas actividades, debe hacerlo a su costa, no a costa de algunos individuos. Los incentivos tributarios, por ejemplo, corren finalmente por cuenta de toda la comunidad. Y cuando se conceden a las personas jurídicas que trabajan al servicio de intereses generales, sin ánimo de lucro, tales incentivos son justos, tanto si se mira su finalidad como si se piensa en que a la postre los paga la comunidad, que es la beneficiaria de las tareas que se estimulan.

Lo que no tiene justificación a la luz de la Constitución, es conceder ventajas a algunos patronos en desmedro de ciertos trabajadores. Estos no tienen por qué pagar los favores que el Estado otorgue a sus patronos. Pues, se repite, la retribución que el trabajador reciba, debe corresponder a sus aptitudes y a la labor que desempeña.

No hay que olvidar, por otra parte, que la ausencia del ánimo de lucro se predica de las personas que son miembros de una asociación o corporación, pero no de ésta en sí misma considerada. Algunas de ellas están dedicadas a actividades de alta rentabilidad, que les permiten acumular riquezas. No están, en consecuencia, en incapacidad de retribuir normalmente a sus trabajadores.

Y lo mismo, en general, podría decirse en relación con los estímulos que el mismo Estado puede otorgar a la pequeña y mediana empresa, y a las organizaciones de carácter solidario. Tales estímulos, en abstracto, podrían consistir en exenciones o rebajas tributarias, o en regulaciones crediticias. Todo con el fin de impedir la concentración de la riqueza.

Séptima.- El concordato aprobado por la Ley 20 de 1974 no contempla los asuntos laborales

Como bien lo anota el actor, el Concordato aprobado por la Ley 20 de 1974, no menciona las relaciones laborales entre la Iglesia y los trabajadores a su servicio, o al servicio de las personas sometidas al derecho canónico. Tampoco puede, pues, sostenerse que la parte final del artículo 338 tenga su fundamento en el Concordato, o más exactamente en las normas de éste no declaradas inexequibles.

Octava.- Conclusiones en cuanto a los apartes acusados del artículo 338

Por los motivos expuestos, la Corte declarará inexequibles los apartes demandados del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo.

Novena.- Unidad normativa

Al estudiar los cargos contra el artículo 338, la Corte encuentra necesario hacer la unidad normativa en relación con el inciso primero del artículo 252, cuyo texto es el siguiente:

"*Cesantía restringida*. Los trabajadores del servicio doméstico, los de empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos ($20.000) y los de empresas agrícolas, ganaderas y forestales de capital inferior a sesenta mil pesos ($60.000), tienen derecho a un auxilio de cesantía equivalente a quince (15) días de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año; pero en lo demás quedan sujetos a las normas sobre este auxilio".

Algunas de las razones que se adujeron sobre la inconstitucionalidad de los partes demandado del artículo 338, llevan a afirmar lo mismo en relación con la restricción contenida en el numeral 1 del artículo 252, como es ostensible. A tales razones pueden agregarse éstas.

La primera, que si el servicio doméstico es un lujo, quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores.

La segunda, que la limitación del auxilio de cesantía se opone a la elevación del nivel de vida de los servidores domésticos, elevación impuesta por la solidaridad social.

Por lo dicho, se declarará inexequible el numeral 1 del artículo 252, salvo su parte final que reza: "pero en lo demás quedan sujetos a las normas sobre este auxilio".

En cuanto al numeral 2, que establece que el auxilio de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico sólo se liquidará sobre el salario que reciban en dinero, la Corte estima que es una limitación razonable que no es contraria a la Constitución. A esta conclusión se llega si se analizan las condiciones en que se presta esta clase de servicios, y en especial la dificultad práctica de dar un tratamiento uniforme a lo que se recibe como salario en especie. Además, podría llegarse al resultado no querido de desmejorar las condiciones de vida de los mismos trabajadores del servicio doméstico, ante el temor por la cuantificación de todo lo que integra el salario en especie.

Y también es razonable la disposición del literal b) del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye de la regulación sobre jornada máxima legal a los trabajadores del servicio doméstico. Esto, por las características propias de esta modalidad de trabajo.

En cuanto al artículo 306 del mismo Código Sustantivo de Trabajo que establece la prima de servicios únicamente para los trabajadores de las empresas de carácter permanente, tampoco encuentra la Corte que sea contrario a la Constitución en cuanto priva de tal prima a los trabajadores del servicio doméstico. Esto, por la sencilla razón del origen de la prima de servicios, que, como lo dice la norma citada, sustituyó la participación de utilidades y la prima de beneficios establecidas en legislación anterior. Es claro que el hogar, la familia, no es una empresa y no genera utilidades.

Y también es razonable que el artículo 103 establezca que a los choferes de servicio familiar se les aplican las normas correspondientes al servicio doméstico, salvo a lo relativo a cesantías, vacaciones remuneradas y auxilio en caso de enfermedad no profesional, que se les liquidarán en la forma ordinaria. Que la regulación sobre jornada máxima legal no los cobije, por ejemplo, es aspecto acorde con la manera como se cumple su trabajo.

En conclusión, la declaración de inexequibilidad se limitará al numeral 1 del artículo 252, con excepción de la última frase del mismo.

III.- DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- Declárase INEXEQUIBLE el siguiente aparte del numeral 1 del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo: "...pero para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados, el Gobierno puede efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones".

Segundo.- Declárase INEXEQUIBLE el numeral 2 del mismo artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, que reza: "2. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a aquellas personas que, de acuerdo con el Concordato, están sometidas a la legislación canónica".

Tercero.- Declárase INEXEQUIBLE el numeral 1 del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, en la parte que dice:

"Los trabajadores del servicio doméstico, los de empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos ($20.000) y los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales de capital inferior a sesenta mil pesos ($60.000) tienen derecho a un auxilio de cesantía equivalente a quince (15) días de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año".

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-052
de febrero 16 de 1995

COSA JUZGADA

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION -
No declaratoria de impedimento

La actuación asumida por el Procurador General de la Nación, de no declararse impedido para conceptuar dentro del presente proceso, a pesar de haber intervenido, cuando se desempeñaba como Senador de la República, en el trámite de la Ley 100 de 1993, no constituye irregularidad alguna, pues existiendo cosa juzgada no había materia sobre la cual pudiera pronunciarse el citado funcionario, porque en estos eventos su labor se limita a solicitar a la Corte que esté a lo ya resuelto. Siendo así, su proceder se halla plenamente justificado y es acorde con los principios de la prevalencia del derecho sustancial y de economía procesal.

Ref.: Expediente No. D-677

Norma acusada: Ley 100 de 1993

Demandante: Humberto de Jesús Longas Londoño

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad el ciudadano Humberto de Jesus Longas Londoño, acude ante esta Corporación con solicitud de que se declare inexequible la Ley 100 de 1993, por haberse expedido mediante un trámite distinto al que le corresponde.

A la demanda se le imprimió el trámite constitucional y legal estatuído, y una vez recibido el concepto fiscal, procede la Corte a decidir.

II. EL ORDENAMIENTO ACUSADO

Dada la extensión de la Ley 100 de 1993 " Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" , no es necesario transcribir su texto.

III. LA DEMANDA.

Manifiesta el demandante, que la seguridad social además de ser un servicio público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, es un derecho fundamental, como lo ha venido sosteniendo esta Corporación en reiterados fallos (T-02/92, T-08/92, T-426/92, etc).

Que conforme al artículo 44 de la Carta, la seguridad social es un derecho fundamental de los niños; y un servicio que el Estado debe garantizar a las personas de la tercera edad (art. 46 *ibídem*).

Que el artículo 152 de la Constitución, al señalar las materias que deben regularse mediante leyes estatutarias, incluye los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección.

Que siendo la seguridad social un derecho fundamental, la Ley 100 de 1993 es inconstitucional, pues ha debido expedirse siguiendo el trámite de ley estatutaria y no ordinaria, como en efecto aconteció, lo que acarrea violación de los artículos 152-a, 153 y 241-8 del Estatuto Supremo.

IV. INTERVENCION CIUDADANA

a.- El ciudadano Jesús Vallejo Mejía presenta un escrito para impugnar la demanda, " porque si bien es cierto que en la Ley 100 de 1993 se tomaron disposiciones sobre derechos que la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha considerado como fundamentales, no estamos en presencia de una ley estatutaria" .

Y agrega, que en la Ley 100 de 1993 se regula en forma " exhaustiva y casuística" eventos ligados a los derechos fundamentales, pero no principios generales cuyo desarrollo abstracto sería tema de ley estatutaria.

La seguridad social, " amén de sus aspectos que se ubican dentro de la categoría de los derechos fundamentales, es un **servicio público** que, según el artículo 48 de la Constitución Política, es de carácter obligatorio y se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, **en los términos que esta-**

blezca la ley, la cual dispondrá sobre la forma de prestación de los servicios respectivos y su prestación por entidades públicas o privadas. Se ve a las claras entonces que es la **ley ordinaria** el medio jurídico previsto específicamente por la Constitución para el ordenamiento de la prestación de este servicio público, según el artículo 48 mencionado, pues si el Constituyente hublese pretendido que todas estas medidas se tomasen por ley estatutaria así lo habría dicho" .

b.- El Ministro de Trabajo y Seguridad Social, obrando por medio de apoderado, expone las razones, que a su juicio, justifican la constitucionalidad de la ley acusada, así:

Las leyes estatutarias desarrollan aspectos de los derechos fundamentales que podrían haber sido regulados por la Constitución, pero que para evitar convertirse en un ordenamiento reglamentario, los delegó al legislador, quien debe expedirlos con valor constitucional y sujetándose a un trámite más exigente y riguroso. Por tanto, " se requerirá de una ley estatutaria sólo en aquellos casos en que sea necesaria una regulación que defina un derecho con rango constitucional o establezca un procedimiento especial para su protección" .

La Ley 100 de 1993 se expidió con base en la facultad que se le concede al Congreso en el numeral 23 del artículo 150 de la Carta, para regular los servicios públicos, dentro de los cuales se encuentra la seguridad social; y por tanto, de llegar a " aceptarse que es un derecho fundamental, debemos precisar que se trata tan sólo de uno de los aspectos de la seguridad social pues de otro lado tiene la naturaleza de servicio público" .

Y concluye, diciendo que la Ley 100 es exequible, ya que " se ocupa de regular las obligaciones de las instituciones encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social y no del contenido y alcance del derecho de la persona a acceder a este servicio... La seguridad social es un servicio público y un derecho fundamental conexo. En cuanto a servicio público la ley debe regular las obligaciones del Estado y las instituciones que lo prestan, mientras que en relación con el derecho una ley estatutaria podrá desarrollarlo y establecer los procedimientos de protección" .

V. CONCEPTO FISCAL.

El Procurador General de la Nación manifiesta, en oficio No. 510 del 5 de octubre de 1994, que como esta Corporación mediante la sentencia C-408 del 15 de septiembre de 1994, declaró exequible la Ley 100 de 1993, al considerar que " no era necesario que el Congreso le diera el trámite de ley estatutaria" , cargo idéntico al que en esta oportunidad se formula, se presenta el

fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional, que obliga a la Corte a estar a lo allí resuelto.

Sin embargo, considera conveniente anotar, que a pesar de que ha venido declarándose impedido para conceptuar dentro de los procesos en los que se demanda la Ley 100 de 1993, por haber sido Senador de la República en el periodo en que se tramitó y expidió dicha ley, en esta ocasión no lo cree necesario, porque " al haber operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional respecto de las normas que actualmente se acusan, es inútil poner de presente su intervención anterior, puesto que en esta oportunidad no hará ningún pronunciamiento sobre el mérito de lo impugnado y se limitará a solicitar a ese Alto Tribunal estarse a lo resuelto en la prenombrada sentencia" .

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

a.- Competencia

Por dirigirse la demanda contra una Ley de la República, compete a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, de conformidad con lo ordenado por el numeral 4o. del artículo 241 de la Constitución.

b.- Cosa Juzgada

Ciertamente, como lo sostiene el Procurador General de la Nación, esta Corporación ya emitió pronunciamiento sobre el punto de debate, como consta en la sentencia C-408 del 15 de septiembre de 1994, en la que resolvió " declarar exequible la Ley 100 de 1993, en cuanto no era necesario que el Congreso le diera el trámite de ley estatutaria" .

Vale la pena recordar los siguientes apartes del fallo en mención:

" Cuando de la regulación de un derecho fundamental se trata, la exigencia de que se realice mediante una ley estatutaria, debe entenderse limitada a los contenidos más cercanos al núcleo esencial de ese derecho, ya que se dejaría, según interpretación contraria, a la ley ordinaria, regla general legislativa, sin la posibilidad de existir; toda vez, que, se repite, de algún modo, toda la legislación de manera más o menos lejana, se encuentra vinculada con los derechos fundamentales."

" ...

" La Carta dispone la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, entendiendo por tal, a un tiempo, un 'servicio público

de carácter obligatorio' y 'un derecho irrenunciable'. Técnicamente esta antinomia resulta irreconcialiable. Sin embargo, la interpretación integradora de distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, permite afirmar que la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio" .

" ...

" Revisados los contenidos de la Ley 100 se observa que entre ellos no existen regulaciones que amplíen o limiten los contenidos de su núcleo esencial, que pudieran hacer parte de la Constitución, sino que, se aprecian en ella elementos que haciendo parte de ese derecho fundamental, por su carácter reglamentario pueden ser objeto de las competencias propias del legislador ordinario.

" ...

" Es claro para la Corte que esta normatividad sobre la seguridad social, no debe ser objeto de reglamentación mediante la vía legal exceptiva de las leyes estatutarias por no corresponder a los elementos de derechos fundamentales que quiso el Constituyente someter a dicha categoría legal, por tratarse de elementos de tipo asistencial que provienen, en oportunidades, de la existencia de una relación laboral, y en otras de la simple participación en el cuerpo social, y derechos gratuitos en oportunidades y onerosos en la mayoría de los casos. La gratuidad, no puede entenderse, en los titulares de estos derechos, como un ingrediente que pueda mutar la naturaleza de los mismos para transformarlos en derechos fundamentales; pues no son más que desarrollos de contenidos propios del Estado Social de Derecho" . (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

Ante esta circunstancia, se ha operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional que impide a la Corte volver sobre la misma norma declarada exequible, en consecuencia, sólo resta ordenar que se esté a lo decidido en el fallo precitado.

Pero antes de terminar, debe la Corte señalar que la actuación asumida por el Procurador General de la Nación, de no declararse impedido para conceptuar dentro del presente proceso, a pesar de haber intervenido, cuando se desempeñaba como Senador de la República, en el trámite de la Ley 100 de 1993, no constituye irregularidad alguna, pues existiendo cosa juzgada no había materia sobre la cual pudiera pronunciarse el citado funcionario, porque en estos eventos su labor se limita a solicitar a la Corte que esté a lo ya resuelto. Siendo así, su proceder se halla plenamente justificado y es acorde

con los principios de la prevalencia del derecho sustancial y de economía procesal.

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

RESUELVE:

ESTAR A LO DECIDIDO en la sentencia No. C-408 del 15 de septiembre de 1994, que declaró exequible la Ley 100 de 1993, por no requerir trámite de ley estatutaria.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-053
de febrero 16 de 1995

DERECHO A LA INFORMACION EN INSTITUCIONES FINANCIERAS

La actividad que desarrollan las instituciones financieras y, en general, las personas y empresas que actúan en el mercado financiero y en el de valores, es de interés público (CP art. 335). La adecuada tutela del anotado interés, exige conferir a los miembros de la comunidad un derecho a la información relevante - en términos de mercado - proveniente de aquéllas.

FOGAFIN - Reserva de información

La reserva de información para las instituciones financieras, tiene naturaleza legal y lejos de ser absoluta es relativa, pues, su extensión es variable y depende del interés público que determine el legislador. Dado que los mercados financiero y de valores se rigen por el principio de publicidad en consonancia con la importancia constitucional de tal actividad, como regla general, la reserva de informaciones, a la que se refiere la ley, sólo puede tener por objeto aquéllas informaciones que obtenga la entidad estatal y que por su naturaleza conciernan únicamente a la institución financiera y carezcan de relevancia financiera externa.

FOGAFIN - Naturaleza

La Corte considera que la naturaleza de entidad estatal del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - reconocida en la ley y en la jurisprudencia, lo convierte en sujeto pasivo del derecho a acceder a los documentos públicos que la Constitución reconoce a todas las personas, salvo los casos que establezca la ley. En el plano legal, cabe anotar, que el Fondo, en su condición de persona jurídica de derecho público, no escapa al mandato general de publicidad regulado en la Ley 57 de 1985, de cuya interpretación sistemática ha deducido esta Corte que "documento público es todo documento

que repose en las oficinas públicas, entendiendo por éstas las que expresamente están enumeradas en su propio texto"

DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION PUBLICA

La regla general de acceso a la documentación pública, es condición de posibilidad de la libertad de expresión, que no puede ejercitarse en su plenitud sin un conocimiento oportuno, completo y veraz de los hechos y actuaciones públicas. Se agrega a lo anterior que el fin esencial del Estado de "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación" (CP art. 2), no podría alcanzarse si rigiera el principio opuesto al de la publicidad. Teniendo en cuenta el mencionado fin esencial del Estado, pensado en términos de un ciudadano activo, deliberante, autónomo y crítico, el artículo 209 de la CP, se refiere a la "publicidad" como característica básica de la función administrativa. No es difícil descubrir que la segunda parte de la norma acusada invierte el principio constitucional de la publicidad, que de ser la regla general, pasa a convertirse en la excepción: "En general, el fondo gozará de reserva.

Ref.: Demanda Nº D. 682

Actor: Maximiliano Echeverri Marulanda.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 numeral 3° del Decreto 663 de 1993 "por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración"

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., Febrero dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Aprobado por Acta Nº 05

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de constitucionalidad del numeral tercero (3°) del artículo 322 del Decreto 663 de 1993, "por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración".

I. TEXTO DE LA NORMA REVISADA

El tenor literal de la norma es el siguiente:

DECRETO NUMERO 663 DE 1993
(abril 5)

"Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración"

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

DECRETA:

Artículo 322. Prerrogativas y limitaciones

1. Prerrogativas del Fondo. Para el conveniente y eficaz logro de sus objetivos, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras gozará de las siguientes prerrogativas:

(...)

3. Reserva de información. El Fondo de Garantías de Instituciones financieras estará obligado a guardar reserva sobre las informaciones que exija a las instituciones financieras inscritas, salvo en los casos previstos en la Constitución y en la ley. En general, el fondo gozará de reserva sobre sus papeles, libros y correspondencia".

(Se subraya la parte demandada)

II. ANTECEDENTES

A.- Preliminares

1. El Presidente de la República expidió el Decreto 663 de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 40.820 de abril 5 de 1993, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 36 de la Ley 35 de 1993.

2. El ciudadano Maximiliano Echeverri Marulanda instauró demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 322 del Decreto 663 de 1993, por considerarlo violatorio de los artículos 23 y 74 de la Constitución.

3. El doctor Guillermo Jiménez Montiel, en calidad de apoderado del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, presentó en término, escrito de defensa de la norma acusada. El doctor Antonio José Núñez Trujillo, quien actúa como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presentó, extemporáneamente, memorial de oposición a los cargos.

4. El Procurador General de la Nación solicita a la Corporación que declare la exequibilidad de la norma acusada.

B. Cargo por violación de los artículos 23 y 74 de la C.P.

1. Sustentación del cargo

(1) La norma demandada eleva a reserva "toda la actividad de un ente público [Fondo de Garantías de Instituciones Financieras], sin limitación alguna". El artículo 74 de la CP establece el principio general de publicidad de las actuaciones públicas - en lo relativo a su trasunto documentario -, el cual sólo excepcionalmente puede ser restringido en "los casos que establezca la ley". La disposición analizada invierte la relación puesta por el Constituyente entre la regla y la excepción: la reserva se convierte en principio y la publicidad en excepción. De este modo, aparte de modificar el diseño constitucional, se restringen indebida y absolutamente los derechos fundamentales de petición y de información.

(2) La conveniencia y la moralidad públicas se desatienden si la actividad de una entidad estatal es sustraída del examen ciudadano y del ejercicio de los derechos fundamentales. Las funciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, revisten interés general y no hay razón para que se mantengan bajo el secreto y el misterio.

2. Posición del Procurador General de la Nación

A juicio del Procurador General de la nación, la norma demandada es exequible por las siguientes razones.

(1) Desde una óptica política - centrada en las necesidades de legitimidad y transparencia del poder -, el principio de publicidad se impone sobre el de reserva. Jurídicamente, sin embargo, dependiendo del interés en juego, adquiere relevancia uno u otro principio. En este campo, la consagración de diversos derechos constitucionales (CP arts. 18, 19, 20, 40 y 74) se erige en

fuente normativa para la fundamentación de imperativos de publicidad, en tanto que la paralela garantía de otros derechos de la misma estirpe (CP arts. 15 y 18) reclama la fundamentación de imperativos de reserva.

(2) La equilibrada dialéctica constitucional entre publicidad y reserva, proyectada en la esfera de la regulación estatal, se resuelve en una tensión en la que intervienen esos dos elementos. El primero como regla y el segundo como excepción. Así se desprende de lo previsto en el artículo 74 de la CP, que corrobora en el plano legal, el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, a cuyo tenor " toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional" .

(3) La norma acusada no configura una reserva incondicional, pues, se limita a postular un principio " general" , que deja espacios para el ejercicio de los derechos de petición e información. En todo caso, la actuación de la entidad que se manifieste a través de la expedición de actos administrativos, tiene carácter público y puede ser objeto de conocimiento particular o general.

(4) El régimen de reserva que se crea en favor del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, constituye una excepción válida al principio de publicidad. En efecto, la labor de la entidad es básicamente preventiva y se nutre de informaciones que recibe de " otros" , " reservada para terceros por la ley mercantil, mas no para el estado en la labor intervencionista que la misma Constitución le autoriza" . Empero, se advierte, en los términos de la Ley 57 de 1985, por la vía de la insistencia ante el Tribunal Contencioso respectivo, cabe impugnar la " negación de la autoridad para el acceso a determinados documentos" .

3. Posición del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras

El Fondo impugna la demanda, con base en los argumentos que se sintetizan a continuación.

(1) La primera parte de la norma acusada, se ajusta al artículo 15 de la CP que garantiza el derecho a la intimidad documentaria. Las informaciones y documentos amparados por reserva, que la entidad pública conozca en su condición de ente interventor, deben mantener este carácter. La reserva que se establece en la segunda parte de la disposición demandada, se justifica a la luz del artículo 74 que faculta a la ley para señalar las situaciones o eventos que han de someterse a reserva, de acuerdo con criterios de conveniencia u oportunidad que corresponde señalar con autoridad únicamente al legisla-

dor. La expresión "casos", no se refiere a ciertos documentos específicos, "sino a ciertos eventos, sea en función de la entidad o de la naturaleza de los documentos, o de otros criterios que no contravengan la Constitución".

(2) Analizadas las funciones asignadas al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - directamente vinculadas con el orden público económico -, se descubre que su naturaleza "es tal que la ley ha considerado necesario mantener este tipo de actuaciones bajo reserva con el fin de preservar la confianza de ahorradores y depositantes". En algunos casos, la revelación de información sobre el quebranto patrimonial de una entidad financiera, podría conducir a retiros masivos, lo que acarrearía graves perjuicios a ahorradores y depositantes y a la virtual "desaparición de una empresa". La prerrogativa de la reserva, es indispensable para el eficaz ejercicio de las competencias atribuidas al Fondo.

4. Posición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Con los siguientes argumentos se opone el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la declaratoria de inexequibilidad solicitada.

(1) El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ya había con anterioridad introducido una distinción útil aplicable al caso, que consiste en diferenciar los actos administrativos expedidos por el Fondo, sujetos a publicidad, y las operaciones financieras o negocios jurídicos que celebra, regidos por el derecho privado, los cuales tienen carácter reservado y se asimilan, según el criterio del ciudadano interviniente, a "actos de trámite que no han definido situación jurídica alguna".

(2) Los derechos de los ahorradores - a la buena fe, a la competencia económica transparente, a la iniciativa privada dentro de los límites del bien común y a que el orden público económico sea sinónimo de seguridad y confianza -, justifican la restricción de acceso a la documentación en poder del Fondo que sirva de base a la toma de decisiones financieras. Se anota que su conocimiento, es una de las causas de los pánicos económicos.

III. FUNDAMENTOS

Competencia

1. Como quiera que la demanda de inconstitucionalidad se endereza contra un artículo de un decreto con fuerza de ley, esta Corte es competente para conocer de la misma (CP art. 241-5).

Reserva de información sobre informaciones que recibe el Fondo por parte de las Instituciones Financieras inscritas

2. La primera parte de la norma acusada impone al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el deber de guardar reserva sobre las informaciones que exija a las instituciones financieras inscritas, salvo los casos previstos en la Constitución y la ley. La Corte analizará, en primer término, la constitucionalidad de esta disposición.

En la demanda no se esgrime un argumento específico que soporte la pretensión de inexequibilidad. El apoderado del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, apoya la constitucionalidad de la norma en el derecho a la intimidad documentaria del que gozarían las instituciones financieras, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la CP.

3. El argumento que aboga por la constitucionalidad toma en cuenta que el Fondo es una entidad estatal, encargada, en los términos de su objeto, de intervenir y vigilar instituciones financieras, las cuales para ese efecto no pueden oponer la reserva de sus libros de contabilidad y demás documentos privados que, con esta salvedad, mantienen su condición de reservados (CP art. 15). Dado que el descubrimiento del sigilo privado es excepcional, según esta tesis, las informaciones y documentos privados, en poder de la mencionada entidad estatal, restarían por fuera del acceso público.

4. No cabe duda de que la naturaleza estatal del Fondo y la función de intervención e inspección que cumple en la economía, lo autorizan para exigir a las instituciones financieras inscritas la presentación de sus libros de contabilidad y demás documentos privados.

Se pregunta la Corte si la reserva que cubre los documentos privados, puede, a través de la entidad estatal que ejerce la inspección, vigilancia o intervención, descorrerse ante el público. En este caso, las informaciones y documentos privados, en poder de las entidades de control, podrían ser conocidas por parte de cualquier persona interesada y, por tanto, la denominada reserva documentaria tendría sólo un carácter relativo, circunscribiéndose únicamente a lo que permanece por fuera de la materia objeto de publicidad.

5. A este respecto es oportuno distinguir las personas ordinarias de las que se ocupan del comercio y, particularmente, de la actividad financiera.

La contabilidad - si se lleva - y demás documentos privados de una persona, deben revelarse ante el Estado, en los casos que señala el último inciso del artículo 15 de la CP y en los términos que señale la ley. Más allá de este deber, sus actos, hechos y documentos privados, quedan cubiertos por el

manto de la intimidad y, por esta razón, se encuentran protegidos de todo género de intromisión pública o privada.

Los comerciantes y, especialmente, las instituciones financieras, realizan una actividad cuya importancia, por sus efectos sociales, trasciende la esfera puramente personal. Repárese en que las instituciones financieras, para sólo analizar esta categoría de sujetos, captan, administran e invierten fondos provenientes del ahorro público. Las vicisitudes, positivas o negativas, de estas empresas repercuten en el desarrollo de la economía y directamente afectan el patrimonio y el bienestar de los diferentes miembros de la comunidad (depositantes, accionistas, pensionados, trabajadores etc.).

Las instituciones financieras con su actividad crean una amplia e intensa zona de interacción social y económica - de la cual derivan sus beneficios y sobre la cual se proyectan sus falencias - a la que se superpone, como consecuencia necesaria, un inmanente interés público que se erige en fuente legítima de exigencias de información. A diferencia de las personas ordinarias, las que se examinan, generan un mercado y se nutren del mismo, y en este contexto desarrollan, así sea de manera difusa, un vínculo de confianza con el grupo social. En estas condiciones, el público en general llega a adquirir un verdadero derecho a conocer informaciones sobre hechos relevantes que, en uno u otro sentido, puedan afectar a las instituciones en las que han depositado su confianza y cuya negativa al socaire de la intimidad, pierde plausibilidad en cuanto proviene de quienes por su posición y el interés que han creado no pueden ocultar el estado en que se encuentran. Aquí el contenido y alcance de la intimidad documentaria, no puede ser el mismo que el que pueden alegar en su favor las personas no involucradas en esta actividad. La ley, en la medida del interés público concemido, establecerá el grado de publicidad de los actos, hechos y situaciones relativos a las instituciones financieras, como parte integrante de la política estatal de intervención en el sector.

La imposibilidad de que las personas aisladamente ejerzan el necesario control sobre las entidades del sector financiero, sin necesidad de descalificar ni desestimular su presencia en este menester, justifica la existencia de organismos estatales especializados para llevarla a cabo. Uno de los principales objetivos de una política de intervención estatal y que en toda su latitud corresponde al campo semántico del concepto constitucional de "inspección y vigilancia", es el de procurar que las entidades que realicen la actividad financiera, lo hagan en condiciones de "seguridad y transparencia", como de otra parte lo señala el ordenamiento positivo (DL 663 de 1993, art. 46-d).

En el Estado social de derecho, la seguridad y la transparencia en el mercado financiero y de valores, tiene como destinatario el público en general, pues ellas se orientan a "facilitar la participación de todos en las decisiones

que los afectan y en la vida económica (...)" (CP art. 2). Resulta inconcebible, insegura y desconsideradamente paternalista, la política estatal que se reduzca a que sólo el ente de control y vigilancia pueda retener las informaciones relevantes sobre las instituciones financieras. El manejo y el destino del ahorro público, interesa, en primer término, al mercado y a los ahorradores.

Lo anterior explica que las normas que gobiernan la materia, no se limiten a establecer la reserva para ciertos documentos, sino que, adicionalmente, den cuerpo a una política de obligatoria información de la que es destinatario el público en general y no solamente la entidad estatal de control. El repaso breve de estas normas es ilustrativo.

Según el artículo 337-3 del D. 663 de 1993, "todos los informes de los inspectores y agentes especiales serán comunicados confidencialmente y no podrán hacerse públicos". Junto a esta restricción, se determina que uno de los principales objetivos de la intervención del Estado en las actividades financiera y aseguradora es el de que las operaciones de las entidades objeto de intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia (ibid, art. 46-d), para lo cual se asigna al Gobierno Nacional como instrumento de intervención la función de dictar las normas "de divulgación de la condición financiera de las entidades objeto de intervención y la responsabilidad de las mismas y sus administradores sobre la veracidad y fidelidad de la información respectiva" (ibid, art. 48-g). De otra parte, entre las funciones de la Superintendencia Bancaria, se destacan las de "velar porque las instituciones vigiladas suministren a los usuarios del servicio la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado" (ibid, art. 325-3-7) y "publicar u ordenar la publicación de los estados financieros e indicadores de las entidades sometidas a su control y vigilancia, en los que se muestre la situación de cada una de éstas y la del sector en su conjunto" (ibid, art. 325-3-28).

El estatuto orgánico del mercado público de valores (D. 653 de 1993), por su parte, indica como uno de los objetivos de la intervención que debe ejercer el Gobierno, es el de procurar que las operaciones de las entidades vigiladas se realicen dentro de las más amplias condiciones de transparencia y seguridad (ibid, art. 1.1.02, lits. d y f). Al Gobierno le compete, de acuerdo con el estatuto, "determinar las normas relativas a la responsabilidad de los emisores e intermediarios de valores y sus administradores en la divulgación de la condición financiera del emisor y la veracidad de la información respectiva (ibid, art. 1.1.0.3, lit c). Con el objeto de garantizar el suministro de adecuada información al mercado, se dispone en el estatuto el carácter público del registro nacional de valores e intermediarios (ibid, art. 2.1.1.2), con la salvedad de los documentos que por ministerio de la ley estén amparados por

reserva (ibid, art. 2.1.2.1). Adicionalmente, con ocasión de las ofertas públicas de valores, a los emisores e intermediarios, se les exige la revelación pública de informaciones completas sobre su situación financiera y sus proyecciones futuras. Por fuera del sistema informativo público, las demás informaciones que en ejercicio de sus funciones obtenga la superintendencia de valores está cubiertas con reserva, la que no obstante puede levantarse "en los casos en que la sala general del organismo considere indispensable hacerlas públicas [las informaciones] para proteger la estabilidad y la regularidad del mercado y para garantizar la defensa de los intereses de los inversionistas" (ibid, art. 2.2.0.4).

De lo expuesto pueden derivarse las siguientes conclusiones:

1. Sobre las instituciones financieras, emisores públicos de valores, intermediarios e inversionistas institucionales, el Estado ejerce una función de permanente intervención, en desarrollo de lo previsto en los artículos 150-8, 150-19-d, 150-21, 189-24, 189-25, 333, 334 y 335, entre otros.

2. La actividad que desarrollan las instituciones financieras y, en general, las personas y empresas que actúan en el mercado financiero y en el de valores, es de interés público (CP art. 335). La adecuada tutela del anotado interés, exige conferir a los miembros de la comunidad un derecho a la información relevante - en términos de mercado - proveniente de aquéllas.

3. El anotado interés público de las actividades analizadas, unido al derecho de todos a la libre competencia económica (CP arts. 78 y 333) y a la defensa del ahorro nacional, demandan que el público en general, en todo momento, pueda estar suficientemente informado sobre la verdadera situación de las instituciones financieras y demás operadores económicos que intervienen en el mercado y sobre la veracidad de los datos que suministran.

4. La zona de interés público, sobre la cual incide de manera prevalente la política intervencionista del Estado, requiere que a través de las entidades de control, vigilancia e intervención, se estructure un sistema de información obligatoria de carácter público referente a las instituciones financieras y demás personas que componen el mercado, de modo que se conozca oportunamente toda la información que sea relevante para adoptar - por parte de un ahorrador, inversionista o usuario comunes - decisiones racionales. Esta zona de interés público, coincide, de otra parte, con el campo de interacción social y económica que crean las entidades financieras y en el que se insertan activamente con el fin de obtener ganancias y, por ende, no pueden las mismas negarse a divulgar las informaciones requeridas con base en un inexistente derecho a la intimidad, al cual se opone el derecho a la información de los interesados que sólo puede ignorarse a costa de despojar a la actividad de su atributo de interés público dada por el Constituyente.

5. Como quiera que el objeto de las instituciones financieras, en su integridad, corresponde a un interés público, el ámbito de reserva documentaria y del correlativo sigilo gubernamental, sólo se obtiene luego de satisfacer las necesidades de información y divulgación públicas a las cuales responden las leyes y demás normas de intervención estatal en su propia actividad. En cierta medida, esta circunstancia connatural a su objeto, homologa materialmente las instituciones financieras a las entidades públicas, regidas por el principio de publicidad (CP art. 209). La reserva de información como deber del Estado, únicamente tiene sentido respecto de informaciones que sean ajenas a la zona de interés público. Aún en este caso, admite excepciones cuando así lo demande el ordenado desarrollo de esta actividad. En suma, la reserva de información para las instituciones financieras, tiene naturaleza legal y lejos de ser absoluta es relativa, pues, su extensión es variable y depende del interés público que determine el legislador (CP art. 335).

6. Dado que los mercados financiero y de valores se rigen por el principio de publicidad en consonancia con la importancia constitucional de tal actividad, como regla general, la reserva de informaciones, a la que se refiere la ley, sólo puede tener por objeto aquéllas informaciones que obtenga la entidad estatal y que por su naturaleza conciernan únicamente a la institución financiera y carezcan de relevancia financiera externa. Con otras palabras, el ámbito de la reserva es residual respecto del campo gobernado por la política legal de divulgación obligatoria de informaciones. No obstante este carácter, como ya se advirtió, es posible que la mencionada reserva, en ciertos casos, sufra excepciones, en aras del interés general.

De acuerdo con lo expuesto, concluye la Corte que la primera frase de la disposición demandada es constitucional, sólo bajo el supuesto de que regula una situación excepcional en el mercado financiero - que debe estar gobernado por el principio de publicidad -, correspondiente a la reserva sobre informaciones y datos que por su naturaleza material se encuentran por fuera de los mandatos legales de divulgación pública.

Reserva sobre los libros, papeles y correspondencia del Fondo

7. La segunda parte de la norma acusada establece que "en general, el fondo gozará de reserva sobre sus papeles, libros y correspondencia".

La Corte, en primer término, analizará los argumentos esgrimidos en favor de la inexequibilidad del precepto legal. Posteriormente, los que sustentan su exequibilidad.

7.1 El hecho de que la actividad del Fondo sea básicamente preventiva, de suyo no justifica la imposición de una reserva general sobre sus actividades. El derecho de acceso a los documentos públicos (CP art. 74) y el principio de

publicidad de la función administrativa (CP art. 209), tienen carácter general y, en modo alguno, se predican privativamente de la función pública sancionadora. El servicio de los intereses generales, subyacente a ambas instituciones públicas, no está ausente en la función preventiva. En todo caso, el Fondo también realiza importantes tareas ejecutivas y remediales, luego de que el riesgo financiero se verifica.

7.2 La circunstancia de que una entidad pública reciba información de "otros", no la sustrae del principio de publicidad. En realidad, es difícil encontrar una entidad pública que sea enteramente endógena o autárquica. Las entidades públicas se mueven en un entorno institucional y social y de él reciben informaciones que procesan de manera diversa con el objeto de suministrar otras y tomar sus decisiones. La publicidad de la función administrativa se refiere al proceso de despliegue de las competencias públicas, las que siempre tienen un sentido de alteridad. Lo que es propio de la entidad pública, como sus papeles, libros y correspondencia, acredita y revela el ejercicio de sus atribuciones y no puede, en consecuencia, estar sujeto a reserva general, simplemente porque en ellos se reflejan de una o de otra manera datos obtenidos - en este caso - de las instituciones financieras. Cosa distinta es que una información determinada esté sujeta a "reserva". Pero en este evento, es dicho dato concreto el que ha de permanecer amparado por la reserva, no así los restantes documentos y datos en poder de la entidad.

7.3. La confianza de los ahorradores es proporcional al grado de transparencia del mercado. Ocultar informaciones relevantes, acudiendo al mecanismo de la "reserva" general, introduce un factor de perturbación e imperfección, que obra en detrimento de la libre competencia y del interés general, establecidos por el Constituyente como pautas supremas de la actividad económica y, en particular, de la financiera. Detrás de esta pretensión, en apariencia paternalista, se esconde la incredulidad en la racionalidad del ahorrador y, en general del mercado, que se quiere suplir con la presencia del Estado como único depositario de la información financiera. El interés general inherente a esta actividad, impone el conocimiento público de los asuntos y situaciones relativos a las instituciones financieras. La defensa del ahorro público se asegura con la intervención del Estado, pero por tratarse de una materia que afecta en primer término a los ahorradores y al mercado, no puede excluir su participación, para lo cual resulta imperioso garantizar el acceso oportuno a la información pertinente. Si, eventualmente, la defensa del ahorro público o la viabilidad temporal de determinada empresa financiera, sólo fuere posible recurriendo a la reserva informativa, más allá de la situación excepcional cobijada con el sigilo, no se justifica que de manera general se incluyan en esa categoría todos los documentos del Fondo. El argumento que se desecha, sin embargo, se formula equivocadamente ya que la supuesta preservación de la confianza pública que se obtiene mediante la

reserva legal, en el precepto demandado se refiere a la documentación del Fondo y no a la que se encuentra en poder de las entidades privadas.

7.4. La Corte considera que la naturaleza de entidad estatal del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - reconocida en la ley (DL 663 de 1993, art. 316) y en la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de junio de 1987. MP Dr. Fabio Morón Díaz) -, lo convierte en sujeto pasivo del derecho a acceder a los documentos públicos que la Constitución reconoce a todas las personas, salvo los casos que establezca la ley (CP art. 74).

En el plano legal, cabe anotar, que el Fondo, en su condición de persona jurídica de derecho público, no escapa al mandato general de publicidad regulado en la Ley 57 de 1985, de cuya interpretación sistemática ha deducido esta Corte que " documento público es todo documento que repose en las oficinas públicas, entendiendo por éstas las que expresamente están enumeradas en su propio texto" (Corte Constitucional, sentencia T-473 del 14 de Julio de 1992. MP Dr. Ciro Angarita Barón).

En la sentencia citada, la Corte se pronunció sobre la noción de " documento público" , en los siguientes términos:

" Por último, la Ley 57 de 1985, regula la publicidad de los actos y documentos oficiales, pero no define " documento público" . Sin embargo, una interpretación sistemática de la misma ley permite concluir que para ella, documento público es todo documento que repose en las oficinas públicas, entendiendo por éstas las que expresamente están enumeradas en su propio texto.

" Por supuesto, ella misma contempla algunos casos en los que esos documentos, a pesar de reposar en las oficinas públicas, están sometidos a reserva, condición ésta que nunca podrá existir por más de treinta años. En otras palabras, esta ley define el concepto de acuerdo al lugar donde se encuentre el documento, pues, su ubicación más que su producción o contenido es lo que determina el carácter público del documento.

" Puesto que en los términos del artículo 74 de la Carta la noción de documento público no se circunscribe, como se ve, al concepto restringido que consagre cualquiera de las ramas del ordenamiento y, de consiguiente, no cuenta tanto el carácter del sujeto o entidad que lo produce o la forma misma de su producción sino el hecho objetivo de que no contenga datos que por expresa disposición de la ley deban ser mantenidos en reserva, la noción cobija, por ejemplo, expedientes, informes, estudios, cuentas, estadísticas, directivas, instrucciones, circulares, notas y respuestas provenientes de entidades públicas acerca de la interpretación del derecho o descripción de procedimientos administrativos, pareceres u opiniones, previsiones y decisiones

que revistan forma escrita, registros sonoros o visuales, bancos de datos no personales, etc.

" A lo anterior, se agrega el acceso a otros documentos cuyo carácter de públicos está determinado por la conducta manifiesta de sus titulares o por la costumbre, sin que sea requisito indispensable la presencia o concernimiento de la administración pública. Siempre, eso sí, que no sea contra la ley o derecho ajeno.

" Es claro, por tanto, que en la anterior situación bien pueden encontrarse documentos surgidos de relaciones entre particulares cuyos titulares hayan decidido, formalmente o por conducta concluyente, permitir su acceso al público" .

Se reúnen, a la luz de las anteriores premisas, los dos requisitos para configurar de manera incontrovertible al sujeto pasivo del derecho a acceder a los documentos públicos: naturaleza pública de la entidad y calidad de " documento público" , predicable de la documentación en su poder. El hecho de que las operaciones del Fondo se rijan por la ley y " por las normas de derecho privado" , en modo alguno lo sustrae del cumplimiento de los deberes constitucionales que, como organismo público, tiene frente a las personas, titulares de derechos fundamentales cuyo objeto consiste en acceder y conocer la documentación pública que reposa en las oficinas públicas.

7.5. Las partes analizan el artículo 74 de la CP y discuten acerca de la exacta naturaleza de la relación entre la regla de publicidad y la excepción. A juicio de la Corte, el texto de la norma constitucional, claramente establece como regla general la publicidad y el acceso ciudadano a la documentación pública y, como excepción, su reserva. La expresión " salvo los casos que establezca la ley" , tiene el sentido de excepción frente a la generalidad de la primera frase: " Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos..." .

No se trata de una mera constatación de orden gramatical de las proposiciones utilizadas por el Constituyente. El principio democrático y participativo, atributo esencial del Estado colombiano, exige esa conclusión. En la democracia, la participación de los miembros de la comunidad se extiende al conocimiento minucioso de la conducta de los agentes y órganos del Estado, con miras a ejercer una estricta vigilancia sobre su proceder y deducir la responsabilidad que les pueda caber si se apartan de sus deberes constitucionales y legales. El presupuesto de los derechos de participación que la Constitución reconoce a los ciudadanos, requiere de la existencia de una opinión pública plenamente informada, la que no puede formarse si la actividad pública se impregna de sigilo y se desenvuelve en un clima de clandestinidad y misterio.

La mirada pública puede quizá incomodar a los funcionarios, pero resulta esencial para el mantenimiento del sistema democrático. De ahí que deba ser la regla y no la excepción. La Corte, por esta razón, en varias oportunidades, ha puesto de presente la conexidad del derecho a acceder a los documentos públicos, con los derechos - igualmente fundamentales - de petición y de recibir información veraz e imparcial (CP art. 20 y 23). En este sentido, también, la regla general de acceso a la documentación pública, es condición de posibilidad de la libertad de expresión, que no puede ejercitarse en su plenitud sin un conocimiento oportuno, completo y veraz de los hechos y actuaciones públicas.

Se agrega a lo anterior que el fin esencial del Estado de "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación" (CP art. 2), no podría alcanzarse si rigiera el principio opuesto al de la publicidad. Teniendo en cuenta el mencionado fin esencial del Estado, pensado en términos de un ciudadano activo, deliberante, autónomo y crítico, el artículo 209 de la CP, se refiere a la "publicidad" como característica básica de la función administrativa.

7.6. No es difícil descubrir que la segunda parte de la norma acusada invierte el principio constitucional de la publicidad, que de ser la regla general, pasa a convertirse en la excepción: "En general, el fondo gozará de reserva..."

Las razones expuestas en favor de la exequibilidad de la norma, podrían llevar al Legislador a establecer, en determinados casos, tratándose del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, excepciones al principio general de publicidad de su actuación, no así a cubrir bajo el manto del sigilo su entera actividad, la cual necesariamente se refleja en sus papeles, libros y correspondencia. Por el momento, deberán aplicarse las normas generales y especiales vigentes que regulan la publicidad de los actos y documentos oficiales. Por lo demás, consideraciones vagamente delineadas, como las de "orden público económico", lejos de justificar, por vía general, una reserva, demuestran la necesidad de implantar el principio de la publicidad en cuanto son indicativas de la trascendencia social de esos asuntos y, por ende, de la importancia de que el público sea informado al respecto. El manejo y la utilización del ahorro y del dinero de los depositantes y ahorradores, lo mismo que el ejercicio de las competencias de inspección, vigilancia e intervención por parte de las autoridades, corresponden a una materia de interés público que, como tal, no puede permanecer encubierta.

La frase analizada de la norma, objeto de examen, será declarada inexequible por violar los artículos 1, 2, 20, 23, 74 y 209 de la CP.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero.- DECLARAR INEXEQUIBLE el aparte del artículo 322 numeral 3º del Decreto 663 de 1993 que dice " En general, el fondo gozará de reserva sobre sus papeles, libros y correspondencia" .

Segundo.- DECLARAR EXEQUIBLE el aparte del artículo 322 numeral 3º del Decreto 663 de 1993 que dice " Reserva de información. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras estará obligado a guardar reserva sobre las informaciones que exija a las instituciones financieras inscritas, salvo en los casos previstos en la Constitución y en la ley" , bajo el entendido de que dicha reserva versa únicamente sobre informaciones que por su naturaleza material conciemen únicamente a la institución financiera en particular y, además, carecen de relevancia financiera extema y se encuentran por fuera de los mandatos legales de divulgación pública.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insertese en la gaceta de la corte constitucional y archivese el expediente.

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-054
de febrero 16 de 1995

COSA JUZGADA

Ref.: Expediente D-684.

Actor: Pedro Antonio Herrera Miranda.

Norma acusada: Artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Santafé de Bogotá, D. C., febrero diez y seis (16) 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 de inconstitucionalidad instaurada por el ciudadano Pedro Antonio Herrera Miranda, contra el artículo 142 (parcial) de la Ley 100 de 1993.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

El texto de la norma acusada es el siguiente:

"Artículo 142. Mesada Adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, 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 ajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la 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".

III. LA DEMANDA

Considera el ciudadano Pedro Antonio Herrera Miranda, que el citado artículo es violatorio del artículo 13 de la C.P., ya que "Si el Estado no ha podido garantizar a los Pensionados del orden Nacional un sueldo adecuado a la solución de sus necesidades reales, porque no existen estudios o presupuestos apropiados para ello, tampoco puede el Estado, impedir el reconocimiento a los actuales pensionados o retirados de las mesadas adicionales, reconocida en la Ley 100 de 1993 y pagadera en el mes de junio en forma indiscriminada es decir para los pensionados hasta el 1 de enero de 1988, y para los otros no, esto a mi modo de ver constituye una odiosa desigualdad y una oscura discriminación violatoria del concepto material de la igualdad ante la ley, que se predica de todos los asociados".

"No puede el legislador desconocer en forma simplista la igualdad de los pensionados y retirados ante la Ley por lo tanto no le es permitido legislar en forma parcializada es decir que la mesada adicional sea pagada a unos pensionados y a otros no; esto atenta de paso contra la generalidad de la ley".

"La igualdad de los pensionados y retirados ante la Ley debe ser real y no retórica demagógica, debe considerarse para el caso que se examina como un derecho adquirido y no como una expectativa para los pensionados y retirados después de 1988".

Afirma el actor que de igual manera se viola el artículo 14 de la C.P., pues "... al excluir la norma acusada a los pensionados y retirados después de 1988 en el fondo lo que está manifestándose es que estos pensionados no son sujetos de derecho y como consecuencia lógica no pueden gozar de los privilegios de la mencionada norma. No puede haber legitimidad moral para semejante engendró legal".

Considera el actor que el artículo demandado "... tiene efectos prospectivos, rige hacia el futuro, por lo tanto no es justo el reconocimiento de ese beneficio sólo para los que se pensionaron hasta 1988".

Continúa afirmando que las leyes contrarias a la Constitución Nacional "... o a su espíritu se desechará como insubsistente, ...", por lo tanto el artículo demandado debe ser declarado inexequible.

De igual manera considera violado el artículo 48 de la C.P.,"ya que éste consagra la seguridad social como un servicio público, sujeto a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad, que universalidad se puede observar en una norma que consagra una odiosa discriminación entre los pensionados hasta 1988 y los que se han pensionado después de esa fecha; como puede hablarse de solidaridad frente a una norma que protege a unos y desprotege a otros, es decir unos, con más derechos que otros frente al paternalismo del Estado".

Considera que el pluricitado artículo es violatorio del Preámbulo de la Constitución, cuando dice "Que la seguridad social es el conjunto de instituciones que buscan la cobertura de la capacidad económica de los habitantes del Territorio Nacional, este artículo acusado lesiona los intereses económicos de los retirados y pensionados después de 1988. Es preciso indicar que dentro de las finalidades del Estado expresados en la C.N. se contempla el aseguramiento de la Justicia y el logro de un orden justo, como objetivos esenciales del Estado de Derecho".

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Señor Procurador General de la Nación rindió su concepto de rigor y solicitó estarse a lo resuelto en la sentencia C-409 de 1994, donde se declaró la inexequibilidad parcial del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, entre otros, por los siguientes argumentos:

"En la redacción del artículo 1421 de la Ley 100 de 1993, el actor identifica una suerte de desigualdad respecto de los pensionados con posterioridad al año de 1988, toda vez que la mesada adicional allí contemplada tiene como beneficiarios a quienes hubiesen adquirido tal condición con anterioridad a dicha fecha, situación que en su sentir, por no encontrar justificación alguna, viola flagrantemente el Preámbulo y el artículo 13 de la Constitución Política".

"Afirma igualmente el libelista, que esa exclusión de los pensionados después de 1988 pone de presente que para el Estado, este grupo de personas no son sujetos de derecho porque no pueden disfrutar del privilegio consignado en la norma censurada, con lo cual se transgrede el artículo 14 de la Ley Fundamental que le reconoce a toda persona el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

"También alega, que en la medida en que la discriminación de que trata el precepto cuestionado coloca en situación de desprotección a un sector de los pensionados, se contraviene el principio de solidaridad de la seguridad social contemplado en el canon 48 superior".

"COSA JUZGADA.

Advierte el Procurador que si bien la acusación formalmente está dirigida contra todo el texto del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, del contenido de la demanda se desprende que en realidad lo pretendido por el demandante es la inexequibilidad parcial de dicha norma, porque la extensión de la mesada adicional a los pensionados con posterioridad a 1988 por él propuesta, sólo se daría en el evento de que la norma censurada, luego de ser sometida a juicio de constitucionalidad ante ese Alto Tribunal, conserve incólume alguno de sus apartes".

"Precisamente este ejercicio lo realizó la Corte Constitucional en la Sentencia C-409 del 15 de septiembre del año en curso, mediante la cual esa Corporación partiendo del principio constitucional de la igualdad declaró la inexequibilidad de las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1) de enero de 1988" contenidas en el inciso primero del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, al igual que el inciso segundo de la misma disposición, ampliando de esta forma el disfrute de mesada adicional al universo de pensionados en todos los sectores y órdenes".

"Por la tanto resulta evidente que el caso *sub-examine* se ha presentado la cosa juzgada constitucional, consagrada en el artículo 243 de la Carta, debiendo la Corte estar a lo resuelto en la mencionada providencia".

"De otro lado conviene anotar, que en reciente oportunidad el Procurador manifestó su impedimento para conceptuar en los asuntos que atañen a las demandas dirigidas contra la Ley 100 de 1993, en atención a que como miembro del Congreso intervino en la formación del mencionado ordenamiento legal, manifestación que fue admitida por la Corte Constitucional. Por ello, versando la presente acción sobre el ordenamiento legal que fue motivo de impedimento, parecería que debe proceder igual manifestación ahora. Sin embargo, estima el Despacho que al haber operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional respecto de la norma que actualmente se acusa, es inútil poner de presente su intervención anterior, puesto que en esta oportunidad no hará pronunciamiento sobre el mérito de lo impugnado y se limitará a solicitar a ese Alto Tribunal estése a lo ya resuelto en la prenombrada Sentencia, como en efecto lo pedirá".

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de las presentes demandas, en virtud de la competencia que le asigna a la Corte Constitucional el artículo 241 numeral 4° de la Carta Política.

2. Análisis del inciso 2o del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 hecho por la Corte Constitucional

Mediante la sentencia C-409 de septiembre 15 de 1994 y con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, esta Corte tuvo ocasión de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma acusada por vulneración del principio constitucional a la igualdad de que trata el artículo 13.

3. Alcance del fallo de la Corte y la cosa juzgada constitucional

Esta Corte ya analizó en la aludida sentencia en su aspecto material el inciso 2o del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 demandado, en cuanto estableció hacia el futuro el beneficio de la mesada adicional para aquellas pensiones a quienes se les aplican las disposiciones de dicha ley, y que por lo tanto se encuentran cobijados por el Sistema Integral de Seguridad Social.

En razón de la cosa juzgada constitucional que ampara sus decisiones, según los artículos 243 de la Constitución Política y 46 del Decreto 2067 de 1991, no hay lugar a un nuevo pronunciamiento sobre el punto; por lo tanto, en la parte resolutiva se ordenará estarse a lo resuelto en al referida sentencia.

VIII. 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 le Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Estése a lo resuelto en la sentencia C-409 proferida por esta Corte el 15 de septiembre de 1994.

Notifíquese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-055
de febrero 16 de 1995

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD -
Improcedencia de revisión oficiosa de leyes

Cuando existe un ataque general contra una ley, pero no ataques individualizados contra todos los artículos de la misma, la vía procedente es limitar el examen de la Corte a esos cargos, pues no corresponde a esta Corporación efectuar una revisión oficiosa de las leyes ordinarias, sino un control de aquellas normas que han sido expresamente demandadas por un ciudadano. Y presentar en debida forma una demanda implica no sólo transcribir la norma legal acusada sino también que el actor formule las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, por lo cual debe considerarse que cuando hay acusaciones genéricas contra una ley pero no específicas contra los artículos que la integran, lo razonable es que esta Corporación restrinja su examen a los cargos generales contra le ley, pero sin realizar un examen material de todos los artículos de la misma frente a toda la Constitución.

LEY - Vicio subsanable

La Corte constató que en el trámite en el Senado no se había respetado el lapso de ocho días que debe transcurrir entre el primero y el segundo debate. Por ello declaró que existía un vicio de procedimiento en el proceso de expedición de la Ley 104 de 1993, pero que el mismo era subsanable. Y, efectivamente, el Congreso de la República subsanó tal vicio. La Corte reitera entonces en esta sentencia su jurisprudencia en relación con los términos señalados por el artículo 160 superior, en los siguientes tres aspectos: de un lado, que se trata de vicios subsanables; de otro lado, que cuando se da la deliberación conjunta de las respectivas Comisiones permanentes de las dos Cámaras para dar primer debate a un proyecto, como consecuencia del mensaje de urgencia del Presidente de la República, es innecesario el cumplimiento de los quince días que deben mediar entre la aprobación del proyecto en una cámara y su iniciación en la otra cámara, puesto que el primer debate es

adelantado de manera conjunta por ambas Cámaras. Y, finalmente, que incluso en estos casos debe respetarse el lapso no inferior a ocho días que debe mediar entre el primero y segundo debate en cada cámara.

PRESUNCION DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY / PROMULGACION DE LA LEY - Vicio subsanable

Para la Corte es indudable que la fecha de promulgación sigue siendo el 30 de diciembre de 1993, puesto que la ley no perdió nunca su vigencia. En efecto, mientras se realizó la corrección del vicio de forma subsanable, la Ley 104. de 1993 continuó surtiendo plenos efectos, con fundamento en la presunción de constitucionalidad de que está investida. Por consiguiente, para la Corte es evidente que la Ley 104 de 1993 seguirá rigiendo únicamente hasta el 30 de diciembre de 1995. En ese sentido coincide la Corte con el criterio expresado por el Gobierno cuando decidió conservar la numeración y fecha de promulgación iniciales de la Ley 104 del 30 de diciembre de 1993 a fin de atender la voluntad del legislador de conferir una vigencia de dos años a la mencionada ley. De otro lado, la nueva aprobación y sanción de la ley en su integridad no revive -como bien lo observa el Gobierno- los artículos de la misma que ya habían sido declarados inexequibles por sentencias precedentes de la Corte. Tales artículos se encuentran fuera del ordenamiento jurídico, por efecto de las sentencias mencionadas , por lo cual la Corte en esta sentencia no los examinará sino que se estará a lo resuelto en las decisiones precedentes.

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD / INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

La interpretación de las normas de la Carta debe estar orientada por un criterio de razonabilidad, por cuanto las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables . Esto significa entonces que no puede el intérprete constitucional atenerse al tenor literal de una norma cuando éste produce consecuencias absurdas. Las normas constitucionales relativas al trámite legislativo nunca deben interpretarse en el sentido de que su función sea la de entorpecer e impedir la expedición de leyes, o dificultar la libre discusión democrática en el seno de las corporaciones representativas, pues ello equivaldría a desconocer la primacía de lo sustancial sobre lo procedimental.

COMISIONES ACCIDENTALES DE CONCILIACION

Con el mecanismo de las comisiones accidentales de conciliación la Constitución de 1991 pretende flexibilizar el procedimiento de adopción de las leyes, puesto que tal disposición crea una instancia que permite armonizar los textos divergentes de las Cámaras, sin que se tenga que repetir la totalidad del trámite del proyecto. En efecto, este mecanismo permite zanjar las diferencias que puedan surgir en las Plenarias de cada Cámara, sin que el

proyecto tenga que devolverse a la comisión respectiva nuevamente, lo cual haría más dispendioso y demorado el trámite de expedición de la Ley. El artículo 189 de la Ley 5a. de 1992 no es contrario al artículo 161 de la Carta sino que es un desarrollo normativo razonable y coherente que el legislador dió al mandato constitucional. La Corte considera entonces que se adecúa al sentido de la Constitución que si subsisten las diferencias sobre un proyecto de ley después del segundo debate en las cámaras, entonces se considerarán negados únicamente los artículos o disposiciones materia de discrepancia, siempre que éstos no fueren fundamentales al sentido de la nueva ley. La persistencia de la discrepancia entre las Cámaras en torno a estos dos artículos en manera alguna afecta globalmente la Ley 104 de 1993. Unicamente se debe entender que estos artículos fueron negados por el Congreso y efectivamente ellos no fueron incorporados en el texto sancionado de la mencionada ley. Por consiguiente, por este aspecto, la ley es constitucional.

COMISIONES - Cierre del debate

El Acta correspondiente a las sesiones conjuntas de las comisiones primeras constitucionales de Senado y Cámara muestra que existió quórum decisorio de acuerdo con el artículo 116-2 de la Ley 5 de 1992, pues se hicieron presentes 13 Senadores (de 19 miembros que conforman la comisión) y 24 Representantes (de 33 miembros), según consta en los folios 1 y 2 del acta. Es cierto que el presidente de las sesiones conjuntas, puso a consideración de los miembros el cierre de la discusión, la cual fue aprobada. Esto muestra entonces que el cierre de la discusión al que hace referencia el actor no se efectuó el 29 de noviembre de 1993 sino el 30 del mismo mes y año. Y, como consta en el Acta, no sólo había quórum deliberativo sino decisorio en los términos del artículo 116-1 y 2 de la Ley 5 de 1992.

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE - Falta de firma de ponente

El inciso primero del artículo 157 de la Carta no puede interpretarse de una forma ligera, sin tener en cuenta que allí se fija un requisito para que un proyecto de ley llegue a ser una Ley de la República. Así las cosas, el objeto jurídico del inciso 1º del artículo 157 C.P. es sólo el proyecto de ley. Por consiguiente, la Constitución ordena es la publicación del proyecto y ésta fue efectivamente hecha. Según consta en la Gaceta del Congreso, la ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 40/93, en el Senado de la República, fue publicada oportunamente. El Senador sí participó en la elaboración de la ponencia, sin embargo, utilizó un mecanismo para fijar su posición sobre las divergencias entre él y el otro ponente: no firmar la ponencia en la oportunidad de la publicación. Esta medida no tiene la suficiente entidad para viciar la legitimidad de la publicación del informe ponencia para segundo debate. En efecto, las discrepancias entre los ponentes no pueden llegar al punto de torpedear el proceso legislativo, a través de conductas negativas que desvirtúan la función legislativa.

PONENCIA - Referencia a todas las propuestas

Si bien la ponencia no se refirió de manera específica a todas las propuestas que fueron discutidas en las sesiones conjuntas de las comisiones, esta ponencia sí señaló las orientaciones generales de las diferentes propuestas que habían sido presentadas y analizadas. Frente a leyes demasiado extensas y en las cuáles ha habido un debate intenso en comisiones, resulta irrazonable exigir que el informe para segundo debate especifique todas y cada una de las propuestas debatidas en las Comisiones y las razones del rechazo de algunas de ellas.

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA - Facultades del gobierno en estados de excepción

Una interpretación sistemática del artículo 214-2, en concordancia con el artículo 152-e de la Carta, permite concluir que el objeto de regulación por vía estatutaria son las facultades del Gobierno durante la vigencia de los estados de excepción, no así todas las normas legales que tengan como finalidad otorgar carácter permanente a las medidas adoptadas. Esto significa entonces que no se puede inferir que una ley que da carácter permanente a un decreto de conmoción debe ser, por es solo hecho, tramitada por la vía estatutaria, sino que ello depende del contenido propio de la ley.

DERECHO A LA PAZ - No fundamental

Si bien el derecho a la paz ocupa un lugar trascendental en el ordenamiento constitucional colombiano, puesto que es de obligatorio cumplimiento, no es, en sentido estricto, un derecho fundamental, por lo cual no tiene reserva de ley estatutaria.

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN ASUNTOS PENALES

Si bien la libertad personal es un derecho fundamental, ello no significa que los asuntos penales deban ser tramitados por la vía estatutaria.

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN MATERIA DE JUSTICIA - Sentido restrictivo

Debe darse un sentido restrictivo a la reserva estatutaria en el campo de la administración de justicia, por lo cual ella se refiere a los elementos estructurales esenciales de la función pública de justicia, esto es, a la determinación de los principios que informan la administración de justicia, así como los órganos encargados de ejercerla y sus competencias generales. Ahora bien, el análisis de las disposiciones de la ley acusada muestra que ella no regula los elementos estructurales esenciales de la función pública de la administración de justicia sino que se limita a establecer una serie de instrumentos para ga-

rantizar la efectividad de dicha función. Por consiguiente, la Ley 104 de 1993 no está invadiendo el campo propio de la reserva estatutaria en materia de administración de justicia.

GUERRILLA - Difusión de comunicados

Si bien esta norma no consagra en sentido estricto una restricción al derecho de información, puesto que por el contrario autoriza la difusión de comunicados o entrevistas de miembros de organizaciones guerrilleras vinculadas a proceso de paz, este artículo sólo adquiere sentido normativo a la luz de las restricciones previstas en los artículo 94 y 96 de la ley acusada, puesto que es una excepción a tales normas. Una vez retiradas éstas del ordenamiento jurídico, procede igualmente declarar la inexequibilidad del artículo.

COSA JUZGADA RELATIVA

La Corte ha analizado en extenso los cargos del demandante y, con excepción de la inconstitucionalidad de algunos artículos cuya materia efectivamente es propia de la ley estatutaria, esta Corporación no ha encontrado ningún elemento que determine la inexequibilidad de la ley en su conjunto. Ahora bien, como la Corte no ha efectuado una confrontación integral de todos los artículos de la ley revisada con todos los artículos de la Constitución, procede limitar el alcance de la cosa juzgada constitucional, puesto que las acusaciones globales contra la ley no han prosperado.

Ref: Demanda No. D-549

Normas acusadas: Ley 104 de 1993.

Actor: Pedro Pablo Camargo Rodríguez.

Temas:

- Reserva de ley estatutaria

-Corrección de vicios subsanables

- Comisiones accidentales de conciliación

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santafé de Bogotá, dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Pedro Pablo Camargo Rodríguez presenta demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 104 de 1993.

1. Del texto legal objeto de revisión.

La Ley 104 de 1993 preceptúa lo siguiente:

LEY Nº 104 DE 1993
(Diciembre 30)

"Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones".

El Congreso de la República de Colombia,

DECRETA:

Primera parte

Parte General

Artículo. 1º- Las normas consagradas en la presente ley tienen por objeto dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del Estado social y democrático de derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política.

Artículo. 2º- En la aplicación de las atribuciones conferidas en la presente ley, se seguirán los criterios de proporcionalidad y necesariedad y en la determinación del contenido de su alcance el intérprete deberá estarse al tenor literal de la misma, sin que so pretexto de desentrañar su espíritu, puedan usarse facultades no conferidas de manera expresa.

En el ejercicio de las mismas facultades no podrá menoscabarse el núcleo esencial de los derechos fundamentales, ni alterar la distribución de competencias establecidas en la Constitución y las leyes y en su aplicación se tendrá siempre en cuenta el propósito del logro de la convivencia pacífica.

Artículo. 3º- El Estado propenderá por el establecimiento de un orden social justo que asegure la convivencia pacífica, la protección de los derechos y libertades de los individuos y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados, tendientes a lograr condiciones de igualdad real y a proveer a todos de las mismas oportunidades para su adecuado desenvolvimiento, el de su familia y su grupo social.

Artículo. 4º- Las autoridades procuraran que los particulares resuelvan sus diferencias de manera democrática y pacífica, facilitarán la participación de todos en las decisiones que los afectan y deberán resolver de manera pronta las solicitudes que los ciudadanos les presenten para la satisfacción de sus necesidades y la prevención y eliminación de las perturbaciones a la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y el ambiente.

Artículo. 5º Las autoridades garantizan el libre desarrollo y la libre expresión y actuación de los movimientos sociales y de las protestas populares que se realicen de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Artículo. 6º- En la parte general del plan nacional de desarrollo y en los que adopten las entidades territoriales se señalarán con precisión las metas, prioridades y políticas macroeconómicas dirigidas a lograr un desarrollo social equitativo y a integrar a las regiones de colonización, o tradicionalmente marginadas o en las que la presencia estatal resulta insuficiente para el cumplimiento de los fines previstos en el artículo 2º de la Constitución Política, con el objeto de propender por el logro de la convivencia, dentro de un orden justo, democrático y pacífico.

Artículo. 7º- El gobierno deberá presentar informes, dentro de los primeros diez (10) días de cada período legislativo a las comisiones de que trata el artículo 8º referidos a la utilización de las atribuciones que se le confieren mediante la presente ley, así como sobre las medidas tendientes a mejorar las condiciones económicas de las zonas y grupos marginados de la población colombiana.

Artículo. 8º- Las mesas directivas de las comisiones primeras del Senado y Cámara, conformarán una comisión, integrada por seis (6) senadores y seis (6) representantes, en la que deberán estar representados proporcionalmente todos los partidos y movimientos políticos representados en el Congreso, la cual deberá hacer el seguimiento de la aplicación de la presente ley, recibir las quejas que se susciten con ocasión de la misma, revisar los informes del

gobiemo y recomendar la permanencia, suspensión o derogatoria de las disposiciones contenidas en esta ley.

Título I

INSTRUMENTOS PARA LA BUSQUEDA DE LA CONVIVENCIA.

Capítulo I

ABANDONO Y ENTREGA VOLUNTARIA

Artículo. 9º- Tratándose de personas vinculadas a grupos subversivos, de justicia privada o denominados "milicias populares rurales o urbanas", será necesario el abandono voluntario de la organización y la entrega a las autoridades y podrán tener derecho a los beneficios señalados en los artículos 369-A y 369-B del C.P.P., siempre y cuando se cumpla con los requisitos y criterios allí previstos.

Parágrafo. 1º- Cuando sea necesario verificar si las personas que solicitan la concesión de los beneficios a que se refiere el presente artículo, tienen carácter de personas vinculadas a grupos subversivos, de justicia privada o denominados "milicias populares rurales o urbanas", la autoridad judicial competente podrá solicitar la información pertinente a los Ministerios de Gobiemo, Defensa, Justicia y del Derecho, y a las demás entidades y organismos de inteligencia del Estado.

Parágrafo. 2º- Los beneficios previstos en este artículo no podrán extenderse al delito de secuestro, a los demás delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de las víctimas, ni en general, a delitos cuya pena mínima legal exceda de ocho (8) años de privación.

Capítulo II

NORMAS COMUNES

Artículo. 10.- Beneficios condicionales. Cuando se concedan los beneficios de garantía de no investigación ni acusación, libertad provisional, detención domiciliaria durante el proceso o la ejecución de la condena, condena de ejecución condicional, libertad condicional, sustitución de la pena privativa de la libertad por trabajo social, el funcionario judicial competente impondrá al beneficiario una o varias de las siguientes obligaciones:

a) Informar todo cambio de residencia;

b) Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos;

c) Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando se demuestre que se está en imposibilidad de hacerlo;

d) Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas;

e) Someterse a la vigilancia de las autoridades o presentarse periódicamente ante ellas;

f) Presentarse cuando el funcionario judicial lo solicite;

g) Observar buena conducta individual, familiar y social;

h) No cometer un nuevo hecho punible, excepto cuando se trate de delitos culposos;

i) No salir del país sin previa autorización del funcionario judicial competente;

j) Cumplir con las obligaciones contempladas en las normas y reglamentos del régimen penitenciario y observar buena conducta en el establecimiento carcelario, y

k) Cumplir y acreditar el trabajo o estudio ante las autoridades competentes.

El funcionamiento judicial competente impondrá las obligaciones discrecionalmente, según la naturaleza y modalidades del hecho punible, las circunstancias del tiempo, de modo y lugar en que cometió, la naturaleza del beneficio, la personalidad del beneficiario, los antecedentes penales y la buena conducta en el establecimiento carcelario.

Las obligaciones de que trata este artículo se garantizarán mediante caución, que será fijada por el mismo funcionario judicial.

Artículo. 11.- Revocación de beneficios. El funcionario judicial que otorgó el beneficio lo revocará cuando encuentre que se ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas, se ha incurrido en el delito de fuga de presos o en falta grave contra el régimen penitenciario, durante el respectivo período de prueba.

Artículo. 12.- Prohibición de acumulación. Los beneficios por colaboración con la justicia aquí previstos, son incompatibles con los consagrados para las mismas conductas en otras disposiciones.

Otorgados los beneficios, no podrán concederse otros adicionales por las misma colaboración.

Artículo. 13.- Protección especial. Desde el momento en que se entreguen a las autoridades las personas a que se refiere el título I, artículo 10, 11, 12 y 13 de esta ley podrán, si lo solicitan expresamente, recibir protección especial del Estado con el fin de asegurar su derecho a la vida e integridad física, cuando a juicio de la autoridad judicial competente, ella fuere necesaria.

De la entrega deberá informarse inmediatamente a la autoridad judicial competente, la cual podrá autorizar la permanencia de tales personas en instalaciones militares o sitios de reclusión habitados por el Instituto Nacional Penitenciario, cuando lo estime conveniente para la seguridad del sometido o para la concreción eficaz de su colaboración.

Cuando dichas personas manifiesten su voluntad de no continuar en una instalación militar, o sitio de reclusión habilitado, serán trasladadas al centro carcelario que determinen las autoridades competentes.

Capítulo III

Disposiciones para facilitar el diálogo con los grupos guerrilleros, su desmovilización y reinserción a la vida civil.

Artículo. 14.- Los representantes autorizados expresamente por el Gobierno Nacional, con el fin de lograr la paz podrán:

a) Realizar actos tendientes a entablar los diálogos a que se refiere este capítulo;

b) Adelantar diálogos con los voceros o representantes de los grupos guerrilleros, tendientes a buscar la reinserción de sus integrantes a la vida civil;

c) Firmar acuerdos con los voceros o representantes de los grupos guerrilleros, dirigidos a obtener la desmovilización y reincorporación a la vida civil de sus integrantes. Los acuerdos y su contenido serán los que a juicio del gobiemo sean necesarios para adelantar y culminar el proceso de paz, y

d) Acordar con los voceros o representantes de los grupos guerrilleros, la ubicación temporal de éstos en zonas determinadas del territorio nacional, para facilitar la verificación de que han cesado en sus operaciones subversivas.

Las ordenes de captura que se hayan dictado o se dicten en procesos penales por delitos políticos y conexos contra los miembros de los grupos guerrilleros localizados de conformidad con lo establecido en el inciso interior, quedarán suspendidas en las zonas a que hace referencia el inciso anterior, desde el momento de la ubicación de dichas personas hasta cuando el Go-

bierno Nacional declare que ha culminado el proceso de paz a que se refiere este capítulo.

Para tales efectos, el Ministerio de Gobierno y la Consejería Presidencial Para la Paz elaborarán la lista de las personas que se encuentren en la respectiva zona de ubicación en su calidad de guerrilleros, previa certificación bajo la gravedad del juramento, expedida por los voceros del respectivo grupo, quienes serán responsables penalmente por la veracidad de tal información. El Ministerio de Gobierno enviará a las autoridades judiciales y de policía correspondientes la lista así elaborada.

Estas normas son aplicables a las milicias populares con carácter político.

Parágrafo. 1º- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 40 de 1993, el delito de secuestro no tiene el carácter de conexo con un delito político.

Parágrafo. 2º- Con el fin de facilitar la transición a la vida civil y política legal de los grupos guerrilleros que se encuentren en un proceso de paz dirigido por el gobierno, éste podrá nombrar por una sola vez, un número plural de congresistas en cada cámara en representación de los mencionados grupos.

Para los efectos previstos en el presente artículo, el gobierno podrá no tener en cuenta determinadas inhabilidades y requisitos para ser congresista.

Artículo. 15.- La dirección del proceso de paz corresponde exclusivamente al Presidente de la República como responsable de la preservación del orden público en toda la Nación. Quienes a nombre del gobierno participen en los diálogos y acuerdos de paz, lo harán de conformidad con las instrucciones que él les imparta.

El Presidente de la República podrá disponer la participación de representantes de diversos sectores de la sociedad civil en los diálogos a que hace referencia el artículo anterior, cuando a su juicio puedan colaborar en el desarrollo del proceso de paz.

Artículo. 16.- Las personas que participen en los diálogos y en la celebración de los acuerdos a que se refiere el presente capítulo no incurrirán en responsabilidad penal por razón de su intervención en los mismos.

Artículo. 17.- El Gobierno Nacional, con el único fin de facilitar el desarrollo de un proceso de paz bajo su dirección, podrá autorizar la difusión total o parcial de comunicados que provengan de organizaciones guerrilleras vinculadas al mismo o de entrevistas de miembros de dichas organizaciones.

Título II

ATENCION A LAS VICTIMAS DE ATENTADOS TERRORISTAS

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo. 18.- Para los efectos de esta ley se entiende por víctimas aquellas personas que sufren directamente perjuicios por razón de los atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos y las tomas guerrilleras que afecten en forma indiscriminada a la población.

Parágrafo.- El consejo directivo del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social de la Presidencia de la República determinará si son o no aplicables las medidas a que se refiere el presente título, en los casos en que exista duda sobre el particular.

Artículo. 19.- En desarrollo del principio de solidaridad social, y dado el daño especial sufrido por las víctimas de atentados terroristas, éstas recibirán asistencia humanitaria, entendiendo por tal la ayuda indispensable para atender requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales de dichas personas que hayan sido menoscabados por la acción terrorista. Dicha asistencia será prestada por el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, en desarrollo de su objeto constitucional, y por las demás entidades públicas dentro del marco de su competencia legal.

Artículo. 20.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en desarrollo de sus programas preventivos y de protección, prestará asistencia prioritaria a los menores de edad que hayan quedado sin familia o que teniéndola, ésta no se encuentre en condiciones de cuidarlos por razón de los atentados terroristas a que se refiere el presente título. El Gobiemo Nacional apropiará los recursos presupuestales al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para el desarrollo de este programa.

Artículo. 21.- Cuando quiera que ocurra un atentado terrorista el comité local para la prevención y atención de desastres o a falta de éste, la oficina que hiciere sus veces, deberá elaborar el censo de damnificados, en un término no mayor de cinco (5) días hábiles desde la ocurrencia del atentado, en el cual se incluirá la información necesaria para efectos de la cumplida aplicación de las disposiciones de este título, de conformidad con los formatos que establezca el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social.

Estas listas de damnificados podrán ser revisadas en cualquier tiempo por el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, el cual verificará la calidad de víctimas de las personas que allí figuren como damnificados.

Cuando el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social establezca que una de las personas que figuraba en el censo respectivo o que recibió alguna de las formas de asistencia prevista en este título, no tenían el carácter de víctimas, el interesado, además de las sanciones penales a que haya lugar, perderá todos los derechos que le otorga el presente título, y la respectiva entidad procederá a exigirle el reembolso de las sumas que le haya entregado o haya pagado por cuenta del mismo o de los bienes que haya entregado. Si se trata de créditos, el establecimiento que lo haya otorgado podrá mantenerlo, reajustando las condiciones a la tasa de mercado.

Capítulo II

ASISTENCIA EN MATERIA DE SALUD

Artículo. 22.- Las instituciones hospitalarias, públicas o privadas, del territorio nacional, que prestan servicios de salud, tienen la obligación de atender de manera inmediata a las víctimas de los atentados terroristas que lo requieran, con independencia de la capacidad socioeconómica de los demandantes de estos servicios y sin exigir condición previa para su administración.

Artículo. 23.- Los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria consistirán en:

1. Hospitalización.

2. Material médico quirúrgico, de osteosíntesis y óstesis, conforme a los criterios técnicos que fije el Ministerio de Salud.

3. Medicamentos.

4. Honorarios médicos.

5. Servicio de apoyo tales como bancos de sangre, laboratorios, imágenes diagnósticas.

6. Transporte.

7. Servicios de rehabilitación física, por el tiempo y conforme a los criterios técnicos que fije el Ministerio de Salud.

8. Servicios de rehabilitación mental en los casos en que como consecuencia del atentado terrorista la persona quede gravemente incapacitada para desarrollar una vida normal de acuerdo con situación, y por el tiempo y conforme a los criterios técnicos que fije el Ministerio de Salud.

Artículo. 24.- El reconocimiento y pago de los servicios a que se refiere el artículo anterior se hará por conducto del Ministerio de Salud, con cargo a los recursos que suministre el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social de la Presidencia de la República, de conformidad con los previsto en los artículo 26 y 47 de esta ley, y con sujeción a los procedimientos y tarifas fijados por la junta nacional del Fondo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito Fonsat.

Cuando se solicite la prestación de determinados servicios y exista duda sobre la procedencia de la solicitud, el Ministerio de Salud, para efectos adoptar una decisión, podrá pedir concepto de una junta médica, la cual se integra por representantes de las entidades que, de acuerdo con la ley, tiene el carácter de organismos consultivos del gobierno en materia de salud.

Artículo. 25.- Los afiliados a entidades de previsión o seguridad social, tales como cajas de previsión social, cajas de compensación familiar o el Instituto de Seguros Sociales, que resultaren víctimas de los atentados terroristas a que hace referencia el presente título, serán remitidos, una vez se les preste la atención de urgencias y se logre su estabilización, a las instituciones hospitalarias que definan dichas entidades para que allí se continúe el tratamiento requerido. Los costos resultantes del tratamiento inicial de urgencias, así como los costos de tratamiento posterior, serán asumidos por las correspondientes instituciones de previsión y seguridad social.

Artículo. 26- Los gastos que demande la atención de las víctimas amparadas con pólizas de compañías de grupos de salud o contratos con empresas de medicina prepagada, serán cubiertos por el Estado de conformidad con lo establecido en el presente título, en aquella parte del paquete de servicios definidos en el artículo 23 que no estén cubiertos por el respectivo seguro o contrato o que lo estén forma insuficiente.

Artículo. 27.- El Ministerio de Salud ejercerá la evaluación y control sobre los aspectos relativos a:

1. Número de pacientes atendidos.

2. Acciones médicos quirúrgicas.

3. Suministros e insumos hospitalarios gastados.

4. Causa de egreso y pronóstico.

5. Condición del paciente frente al ente hospitalario.

6. Los demás factores que constituyen costos del servicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la presente ley.

Artículo. 28.- El incumplimiento de lo dispuesto en este capítulo, será causal de sanción por las autoridades competentes en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 10 de 1990, y demás normas concordantes.

Capítulo III

ASISTENCIA EN MATERIA DE VIVIENDA

Artículo. 29.- Los hogares damnificados por actos terroristas a que se refiere el presente título podrán acceder al subsidio familiar de vivienda de que trata Ley 3ª de 1991, sin que para efecto se tome en cuenta el valor de la solución de vivienda cuya adquisición o recuperación sea objeto de financiación.

La junta directiva del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, ejercerá la función que le otorga el ordinal 7º del artículo 14 de la Ley 3ª de 1991, en relación con el subsidio familiar de viviendas de que trata este capítulo, teniendo en cuenta el deber constitucional de proteger a las personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta y el principio de solidaridad, razón por la cual deberá dar prioridad a las solicitudes que presenten los hogares que hayan sido víctimas de los actos descritos en el presente artículo.

En aquellos casos en que por razón de las circunstancias económicas de las víctimas, éstas no puedan utilizar el valor del subsidio para financiar la adquisición o recuperación de una solución de vivienda, el monto del mismo podrá destinarse a financiar, en todo o en parte, el valor del canon de arrendamiento de una solución de vivienda.

Artículo. 30.- Para los efectos de este capítulo, se entenderá por "hogares damnificados" aquellos definidos en el artículo 3º del Decreto 599 de 1991, sin consideración a su expresión en salarios mínimos legales mensuales, que por causa de actos terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos, pierdan su solución de vivienda total o parcialmente, de tal manera que no ofrezca las condiciones mínimas de habitabilidad o estabilidad en las estructuras. Igualmente, tendrán tal carácter los hogares cuyos miembros, a la fecha del acto terrorista, no fuesen propietarios de una solución de vivienda y que por razón de dichos actos hubiesen perdido al miembro del hogar de quien derivaban su sustento.

Artículo. 31.- Los postulantes al subsidio familiar de vivienda en las condiciones de que trata este capítulo, podrán acogerse a cualesquiera de los planes declarados elegibles por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe.

Artículo. 32.- La cuantía máxima del subsidio familiar de vivienda de que trata este capítulo será el equivalente a quinientas (500) unidades del poder adquisitivo constante (UPAC).

Artículo. 33.- Las postulaciones al subsidio familiar de vivienda de que trata este capítulo, serán atendidas por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, con cargo a los recursos asignados por el Gobierno Nacional para el subsidio de vivienda de interés social. Las solicitudes respectivas serán decididas dentro de los (10) días hábiles siguientes a su presentación.

Artículo. 34.- Se aplicará al subsidio familiar de vivienda de que trata este capítulo, lo establecido en la Ley 3ª de 1991 y disposiciones complementarias en cuanto no sean contrarias a lo que aquí se dispone.

Capítulo IV

ASISTENCIA EN MATERIA DE CREDITO

Artículo. 35.- El Instituto de Fomento Industrial -IFI-, redescontará los prestamos que otorguen los distintos establecimientos de crédito a las víctimas de atentados terroristas a que se refiere este título, para financiar la reposición o reparación de vehículos, maquinaria, equipo, equipamiento, muebles y enseres, capital de trabajo y reparación o reconstrucción de inmuebles destinados a locales comerciales.

Así mismo, en desarrollo del principio de solidaridad, el Banco Central Hipotecario -BCH- otorgará directamente a dichos damnificados, préstamos para financiar la reconstrucción o reparación de inmuebles.

Estas operaciones las harán el Instituto de Fomento Industrial -IFI- y el Banco Central Hipotecario -BCH- en una cuantía inicial total de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000). En caso de que tales recursos fueren insuficientes, podrán efectuarse operaciones adicionales, previo concepto favorable de un comité integrado para el efecto por el secretario general de la Presidencia de la República, el gerente del Instituto de Fomento Industrial -IFI- y el presidente del Banco Central Hipotecario -BCH-.

Parágrafo. No obstante las líneas de crédito para reposición o reparación de vehículos, el Gobierno Nacional mantendrá el seguro de protección de vehículos de transporte público urbano e intermunicipal contra atentados terroristas.

Artículo. 36.- En desarrollo de sus funciones, el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social de la Presidencia de la República, contribuirá para la rea-

lización de las operaciones contempladas en el artículo anterior, de la siguiente manera:

a) La diferencia entre la tasa a la que ordinariamente capta el Instituto de Fomento Industrial -IFI- y la tasa a la que se haga el redescuento de los créditos que otorguen los establecimientos de crédito, será cubierta con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, conforme a los términos que para el efecto se estipulen en el convenio que se suscriba entre el Instituto de Fomento Industrial -IFI- y el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, y

b) La diferencia entre la tasa de captación del Banco Central Hipotecario -BCH- y la tasa a la que efectivamente se otorgue el crédito será cubierta, incrementada en tres (3) puntos, con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, según los términos estipulados en el convenio que para dicho efecto se suscriba entre el Banco Central Hipotecario -BCH- y el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social.

En los convenios a que hace referencia este artículo, se precisarán las condiciones y montos que podrán tener tanto los créditos redescontables por el Instituto de Fomento Industrial, como aquellos que otorguen el Banco Central Hipotecario, en desarrollo del presente capítulo, para lo cual se tendrá en cuenta el principio de solidaridad y el deber de proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Artículo. 37.- Los establecimientos de crédito diseñarán los procedimientos adecuados para estudiar las solicitudes de crédito a que se refiere el presente capítulo de manera prioritaria, en el menor tiempo posible y exigiendo solamente los documentos estrictamente necesarios para el efecto.

La Superintendencia Bancaria velará por la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo. 38.- El Fondo de Solidaridad y Emergencia Social centralizará la información sobre las personas que se beneficiaren de los créditos aquí establecidos, con los datos que para el efecto les deben proporcionar los establecimientos de crédito que otorguen los diversos préstamos, con el propósito de que las entidades financieras y las autoridades públicas puedan contar con la información exacta sobre las personas que se hayan beneficiado de determinada línea de crédito.

Artículo. 39.- En aquellos eventos en que las víctimas de los actos a que se refiere este artículo, se encontraren en imposibilidad de ofrecer una garantía suficiente de acuerdo con las sanas prácticas del mercado financiero, para responder por los créditos previstos en los artículos anteriores, dichos créditos podrán ser garantizados por el "fondo de garantías para la solidaridad".

Para efectos de los dispuesto en el inciso anterior, en desarrollo de su objeto constitucional y en ejercicio de las atribuciones que le otorga el Decreto 2133 de 1992, el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social podrá celebrar un contrato fiduciario con la filial fiduciaria del Instituto de Fomento Industrial, con el propósito de crear el "fondo de garantías para la solidaridad", cuya función será garantizar el pago de los créditos otorgados en desarrollo del presente capítulo por los establecimientos de crédito a través de las líneas de redescuento del Instituto de Fomento Industrial -IFI-, así como los directamente otorgados por el Banco Central Hipotecario -BCH- a las víctimas de los atentados terroristas, en los casos previstos en el inciso primero del presente artículo.

La filial fiduciaria del Instituto de Fomento Industrial -IFI-, expedirá el certificado de garantía en un lapso que no podrá exceder de dos (2) días hábiles contados a partir de la fecha en que se haya presentado la solicitud respectiva a la fiduciaria y se haya acreditado el cumplimiento de los requisitos correspondientes.

Parágrafo. Quienes pretendan ser beneficiarios de la garantía establecida en este artículo deberán acreditar su condición de damnificados y su imposibilidad de ofrecer garantías ante el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, el cual podrá expedir certificaciones de esta información con destino a los establecimientos de crédito, con base en las listas a que se refiere el artículo 21 de esta ley.

Artículo. 40.- El establecimiento de crédito respectivo podrá hacer efectivo ante la filial fiduciaria del Instituto de Fomento Industrial -IFI-, en su calidad de administrador del fondo, el certificado de garantía correspondiente, para que se le reembolse el saldo a su favor, siempre y cuando además de cumplir las demás condiciones que se hayan pactado, acredite al fondo que adelantó infructuosamente las actuaciones necesarias para la recuperación de las sumas adecuadas, de acuerdo con lo que señale en el contrato por el cual se cree el fondo de garantías de solidaridad.

Capítulo V

ASISTENCIA EN MATERIA EDUCATIVA

Artículo. 41.- Los beneficios contemplados en los Decretos 2231 de 1989 y 48 de 1990, serán concedido también a las víctimas de atentados terroristas. en este caso, corresponderá al Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, expedir la certificación correspondiente, con base en las listas a que se refiere el artículo 21 de la presente ley.

Capítulo VI

ASISTENCIA CON LA PARTICIPACION DE ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO.

Artículo. 42.- Sin perjuicio de los dispuesto en los artículos anteriores, el Fondo de Seguridad (sic) y Emergencia Social de la Presidencia de la República, en desarrollo de su objeto constitucional, y con sujeción a lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política y en las normas que reglamenten la materia, podrá celebrar contratos con personas jurídicas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar los programas y actividades de dichas entidades dirigidos a apoyar a las víctimas de los atentados terroristas a que se refiere el presente título. Las actividades o programas objeto de apoyo podrán incluir el suministro de la asistencia económica, técnica y administrativa necesaria a las víctimas de las actividades terroristas que por su situación económica pueden no tener acceso a las líneas ordinarias de crédito del sistema financiero.

Capítulo VII

OTRAS DISPOSICIONES

Artículo. 43.- Las actuaciones que se realicen para la constitución y registro de las garantías que se otorguen para amparar los créditos a que se refiere el capítulo IV de este título, deberán adelantarse en un término no mayor de dos (2) días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud, y estarán exentas de derecho notariales, registrales y del pago de los impuestos nacionales actualmente vigentes para tales trámites. Igualmente estarán exentos de impuestos nacionales los documentos que deban expedirse para efectos de los créditos que se otorguen en desarrollo del mismo.

Para efectos de acreditar que la respectiva actuación tiene por objeto amparar los créditos a que se refiere el capítulo IV de este título, bastará la certificación del establecimiento de crédito beneficiario de la garantía, donde identifique el préstamo como "crédito de solidaridad".

Artículo. 44.- Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán establecer dentro de la órbita de su competencia predial, industrial y comercio, rodamiento de vehículos, registro y anotación y de aquellos otros que consideren del caso, en beneficio de las víctimas de los atentados terroristas a que se refiere este título.

Artículo. 45.- En cumplimiento de su objetivo constitucional, y en desarrollo de las facultades que le otorga el Decreto 2133 de 1992, el Fondo de Solidari-

dad y Emergencia Social atenderá gratuitamente a las víctimas de los atentados a que se refiere el presente título, en los términos previstos en los artículos 23 y 26 de la presente ley, los gastos funerarios de las mismas, los seguros que se considere necesario contratar para proteger a los habitantes contra las consecuencias de los atentados terroristas, y subsidiará las líneas de crédito a que se refiere el presente título, de conformidad con las reglamentaciones que adopte su consejo directivo. Igualmente podrá cofinanciar los programas que adelanten las entidades territoriales para atender a las víctimas de los atentados a que se refiere el presente título y apoyar los programas que con el mismo propósito realicen entidades sin ánimo de lucro, celebrando para este último efecto los contratos a que se refiere el artículo 355 de la Constitución Política y las normas que lo reglamentan.

Las víctimas de los atentados que se sufrieren una disminución de su capacidad física desde un 66% calificada por el fondo de solidaridad pensional, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente siempre y cuando carezca de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.

Los pagos que deban hacerse por razón de los seguros que se contraten se harán con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social de la Presidencia de la República.

Artículo. 46.- La asistencia que la Nación o las entidades públicas presten a las víctimas de los atentados terroristas, en desarrollo de lo dispuesto en el presente título y de los programas de atención que al efecto se establezcan, no implican reconocimiento por parte de la Nación o de la respectiva entidad de responsabilidad alguna por los perjuicios causados por el atentado terrorista.

Artículo. 47.- En el evento de que la Nación o las entidades públicas sean condenadas a reparar los daños a las víctimas de atentados terroristas, del monto total de los perjuicios que se liquiden se deducirán las sumas que la Nación o las entidades públicas hayan entregado a las víctimas o en favor de las mismas, en razón de lo dispuesto en el presente título y de los programas de asistencia que se adopten, por concepto de:

1. Asistencia humanitaria, médica, quirúrgica y hospitalaria.

2. Gastos Funerarios.

3. Seguros.

4. Subsidio de vivienda.

5. Subsidios en materia crediticia.

6. Asistencia en materia educativa.

7. Otros apoyos suministrados a través de entidades sin ánimo de lucro, con los propósitos a que hace referencia este título.

Parágrafo.- Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social llevará una contabilidad detallada de todos los pagos que se realicen.

Título III

CAUSALES DE EXTINCION DE LA ACCION DE LA PENA EN CASO DE DELITOS POLITICOS.

Artículo. 48.- El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales colombianos que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoria, por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración, y los conexos con éstos, cuando a su crédito, el grupo guerrillero del cual forme parte el solicitante haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales colombianos que, por fuera de las organizaciones guerrilleras de las cuales formen o hayan formado parte, así lo soliciten, si a criterio del Gobierno Nacional demuestran su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

No se aplicará lo dispuesto en este título con relación a delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie.

Parágrafo.- No procederán solicitudes de indulto por hechos respecto de los cuales el beneficio se hubiere negado con autoridad, salvo que el interesado aporte nuevos medios de prueba que modifiquen las circunstancias que fueron fundamento de la decisión.

Artículo. 49.- La demostración de la voluntad de reincorporación a la vida civil requiere por parte de la organización y de sus miembros, la desmovilización y la dejación de las armas, en los términos de la política de paz y reconciliación del Gobierno Nacional.

Artículo. 50.- Para la valoración de las circunstancias de la dejación de las armas y la pertenencia del solicitante a la respectiva organización, el Gobierno Nacional se podrá basar en la información suministrada por la persona que lleve la vocería del grupo, quien además responderá penalmente por la veracidad de la información. El Gobierno Nacional también podrá basarse en informaciones recibidas por conducto de servidores públicos.

Si se trata de solicitudes formuladas por las personas a que se refiere el inciso 2º del artículo 48, el Gobierno Nacional hará la evaluación de dicha

solicitud teniendo en cuenta el vínculo que tenga o hubiere tenido el solicitante con tales grupos, consultando la información de que dispongan los organismos de seguridad del Estado, los medios de prueba que aporte el interesado, la entrega material de las armas a la autoridad competente para el efecto y los demás elementos de juicio que considere pertinentes.

Artículo. 51.- Efectuada la valoración de que trata el artículo anterior, el Ministerio de Gobierno elaborará las actas que contengan el nombre o los nombres o los nombres de aquellas personas que, a su juicio, puedan solicitar el beneficio de indulto. Cualquier modificación deberá constar en un acta adicional.

Artículo. 52.- Recibidas las actas, el Ministerio de Justicia y del Derecho enviará copia de las mismas a las autoridades judiciales, administrativas y de policía que, a su juicio, deban disponer de tal información.

Las autoridades que tuvieren en su poder expedientes contra las personas que aparezcan en las actas, los enviarán de inmediato al Ministerio de Justicia y del Derecho. Cuando el interesado no hubiere indicado el despacho judicial que adelanta el proceso, el Ministerio de Justicia procederá inmediatamente a su averiguación y solicitará el envío del expediente a más tardar el día siguiente de aquél en que se obtuvo la información. El titular del respectivo despacho judicial remitirá el expediente o el cuaderno de copias, según el caso, al Ministerio de Justicia y del Derecho, en un término no mayor de tres (3) días más el de la distancia, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

Artículo. 53.- El beneficio de indulto se solicitará por el interesado, directamente o a través de apoderado, mediante escrito dirigido al Ministerio de Justicia y del Derecho.

Los poderes conferidos no requieren presentación personal. su sustitución, así como la presentación de cualquier otro memorial, se harán según las normas comunes de procedimiento.

La Conducta contendrá, además de la petición de beneficio, la manifestación expresa y directa de voluntad de reincorporación a la vida civil, la cual se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento. También contendrá la indicación del despacho judicial donde se encuentra el expediente, si fuere conocido por el interesado.

El Ministerio de Justicia y del Derecho solamente estudiará las solicitudes individuales de personas que aparezcan en las actas elaboradas por el Ministerio de Gobierno.

Artículo. 54.- El interesado podrá solicitar que se establezca la conexidad referida en el artículo 48 de la presente ley, si ella no ha sido declarada en la sentencia. Para estos efectos, se tendrá en cuenta:

a) El acervo probatorio que obra en el respectivo proceso;

b) Las certificaciones expedidas para el efecto por las autoridades competentes, y

c) cualquier otra información pertinente que se adjunte a la solicitud.

Artículo. 55.- La solicitud será resuelta dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de recibo del expediente.

El indulto se concederá por resolución ejecutiva suscrita por el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno, y de Justicia y del Derecho. Copia de ella se enviará al funcionario judicial a cargo del correspondiente proceso.

Contra dicha resolución procede el recurso de reposición, en la oportunidad y con los requisitos que señale el Código Contencioso Administrativo.

Artículo. 56.- Se podrán conceder también, según proceda de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen, haya sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título, y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada.

Para estos efectos, se tramitará la solicitud de acuerdo con los artículos anteriores y, una vez verificados los requisitos, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitirá la correspondiente certificación a la autoridad judicial ante quien se adelante el trámite, la cual dictará la providencia correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal.

Parágrafo. Los procesos que cursen contra las personas a quienes se aplican las presentes disposiciones, en los que la responsabilidad no haya sido declarada mediante sentencia ejecutoriada, se suspenderán desde la fecha en que se solicite el expediente a la autoridad judicial competente, hasta que se decida sobre la solicitud. No se suspenderán en lo referente a la libertad o detención relacionados con la vinculación de otras personas que se haya ordenado con anterioridad. Así mismo, se suspenderán los términos para los efectos de la libertad provisional y de la prescripción de la acción penal.

Artículo. 57.- Las personas a quienes se les conceda el indulto o respecto de las cuales se decrete la cesación de procedimiento, la preclusión de la

instrucción se dicte resolución inhibitoria, en desarrollo de estas disposiciones, no podrán ser procesadas o juzgadas por los mismos hechos que dieron lugar a su otorgamiento, sin perjuicio de los dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo. 58.- El indulto, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria quedarán sin efecto alguno si el beneficiario cometiere cualquiera de los delitos contemplados en este título, dentro de los dos (2) años siguientes a su concesión. Esta condición se hará conocer en el acto que contenga la decisión correspondiente.

Para el caso del indulto, comprobado el incumplimiento, el Gobierno Nacional procederá a la revocatoria de la resolución que lo haya concedido. Copia de la misma se remitirá al funcionario judicial que conoció del proceso en primera o única instancia, con el fin de que proceda a su ejecución.

Para el caso de la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, el funcionario judicial revocará la providencia y reabrirá el proceso.

La autoridad judicial que conozca de un nuevo proceso contra las personas favorecidas, lo comunicará en forma inmediata al Ministerio de Justicia y del Derecho.

Artículo. 59.- Quienes se encuentren privados de la libertad al momento de concedérseles el indulto o decretarse la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, serán liberados inmediatamente se encuentre en firme la decisión proferida por la autoridad competente.

Artículo. 60.- Los beneficios que en este título se consagran no comprenden la responsabilidad que los favorecidos tengan respecto de particulares.

Segunda parte

MECANISMOS PARA LA EFICACIA DE LA JUSTICIA

Título I

UNIDADES AMBULANTES DE POLICIA JUDICIAL

Artículo. 61.- El fiscal general de la Nación conformará unidades ambulantes para ejercer funciones de policía judicial. Estas unidades tendrán jurisdicción en todo el país y actuarán en los eventos en que no sea posible disponer de otras autoridades de policía judicial en el lugar de los hechos.

Parágrafo. 1º.- Las fuerzas militares deberán garantizar y proteger debidamente este personal de modo que pueda cumplir su misión de manera segura.

Parágrafo. 2º- Las unidades de fiscalía ambulantes estarán integradas por persona civil, el cual se acogerá al régimen ordinario de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

Artículo. 62.- Las unidades de policía judicial a que se refiere este capítulo, podrán ser comisionadas para la práctica de diligencias, conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

Título II

PROTECCION A INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL

Artículo. 63.- Créase con cargo al Estado y bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, el "programa de protección a testigos, víctimas, intervinientes en el proceso, y funcionarios de la fiscalía", mediante el cual se les otorgará protección integral y asistencia social, lo mismo que a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, primero de afinidad, primero civil y al cónyuge y a la compañera o compañero permanente, cuando se encuentren en riesgo de sufrir agresión o que sus vidas corran peligro por causa o con ocasión de la intervención en un proceso penal.

Artículo. 64.- El Gobierno Nacional incluirá en el proyecto de presupuestos de la Fiscalía General de la Nación las partidas necesarias para la dotación y funcionamiento del programa a que se refiere la presente ley.

Parágrafo. 1º- El ordenador del gasto de estas partidas será el fiscal general de la Nación o el funcionario en quien éste delegue. Los desembolsos necesarios para atender el programa requerirán estudio previos de la oficina de protección y asistencia a víctimas, testigos y funcionarios de la fiscalía.

Parágrafo. 2º- Las erogaciones que se ordenen o ejecuten para los fines previstos en esta ley tendrán carácter reservado, y estarán sujetos al control posterior por parte de la Contraloría General de la Nación. En ningún caso se revelará la identidad del beneficiario.

Parágrafo. 3º- Autorízase al Gobierno Nacional para realizar los tratados presupuestales requeridos a fin de atender el programa durante la vigencia fiscal de 1993.

Artículo. 65.- Las personas amparadas por este programa podrán tener protección física, asistencia social, cambio de identidad y de domicilio, y demás medidas temporales permanentes encaminadas a garantizar en forma adecuada la preservación de su integridad física y moral y la de su núcleo familiar.

Cuando las circunstancias así lo justifiquen, dicha protección podrá comprender el traslado al exterior, incluidos los gastos de desplazamiento y manutención por el tiempo y bajo las condiciones que señale el fiscal general de la Nación.

Las personas que se acojan al programa de protección se sujetarán a las condiciones que establezca la Fiscalía General de la Nación.

Artículo. 66.- El juez o fiscal que adelantan la actuación o el propio interesado en forma directa, podrán solicitar a la oficina de protección de víctimas y testigos la vinculación de una persona determinada al programa.

La petición será tramitada conforme al procedimiento que establezca dicha oficina, mediante resolución que expida el fiscal general, a quien compete decidir sobre el fondo de la solicitud.

Artículo. 67.- El fiscal General de la Nación podrá tomar en cualquier momento, cualquiera de las siguientes determinaciones:

a) Ordenar el cambio de identidad de la persona que se someta al programa. En el caso de testigos, el cambio de identidad sólo se hará una vez termine el proceso, y siempre y cuando no se afecte el debido proceso;

b) Con fundamento en la nueva identidad, ordenar a las autoridades, públicas o privadas, la expedición de documentos que reemplacen a los que ya posee el admitido al programa, tales como actas de registro civil, cédula de ciudadanía, pasaporte, libreta militar, certificado judicial y otros, sin que para su tramitación deban cumplirse los procedimientos ordinarios.

c) Ordenar a los organismos de seguridad del Estado brindar la protección necesaria al admitido en el programa y a su núcleo familiar.

d) Destinar para el admitido al programa, como domicilio permanente o transitorio cualquiera de las instalaciones que para el efecto considere adecuadas;

e) Ordenar la expedición de títulos académicos por parte de entidades públicas o privadas para reemplazar a los originalmente otorgados, y

f) Disponer la modificación de los rasgos físicos de la persona que pudiera permitir su identificación.

Parágrafo. 1º.- Todas las anteriores determinaciones requerirán el asentamiento expreso de la persona en quien vaya a tener efecto.

Parágrafo. 2º.- Los documentos que se expidan para proteger a una persona que admitida al programa tendrán pleno valor probatorio.

Parágrafo. 3º.- La persona amparada por el cambio de su identidad civil sólo podrá hacer valer en adelante su nueva identidad.

Artículo. 68.- La Fiscalía General de la Nación mantendrá bajo estricta reserva los archivos de las personas amparadas o relacionadas con el programa de protección.

Quienes tengan conocimientos de las medidas de protección o hayan intervenido en su preparación, expedición y ejecución, tendrán la obligación de mantener en secreto o reserva la identidad de las personas beneficiadas con el programa. La violación de esta reserva acarreará las sanciones penales y disciplinarías a que hubiere lugar, serán igualmente responsables, los servicios públicos y los particulares que incurran en dicha violación.

Artículo. 69.- Los cambios de identidad y de domicilio no podrán implicar exoneración de la responsabilidad penal por los delitos cometidos después de la vinculación al programa. En los acuerdos que celebre el beneficiario con la Fiscalía General de la Nación, deberá adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones civiles, laborales, comerciales, fiscales y administrativas, contraídas por el beneficiario con anterioridad a la celebración del acuerdo.

La aplicación de la presente ley no podrá menoscabar ninguno de los derechos contemplados en el artículo 29 de la Constitución para ninguna persona.

La Fiscalía General de la Nación sólo tendrá las obligaciones y responsabilidades frente a las personas vinculadas al programa en los términos que esté o los acuerdos suscritos lo indiquen.

Artículo. 70.- Cuando la persona beneficiaria del programa deba comparecer ante cualquier autoridad, el fiscal general de la Nación, o el jefe de la oficina de protección y asistencia de víctimas, testigos y funcionarios de la Fiscalía establecerá los mecanismos adecuados para que dicha persona se presente o sea representada en la correspondiente actuación , sin perjuicio de la reserva de su identidad.

Artículo. 71.- Podrán beneficiarse del "programa de protección a víctimas, testigos, intervinientes en el proceso, jueces y funcionarios de la Fiscalía y de la Procuraduría General de la Nación", en las condiciones señaladas en el mismo, los testigos en las investigaciones que adelanta la Procuraduría General de la Nación por hechos que se relacionen con la colaboración o tolerancia por parte de servidores públicos o exfuncionarios con grupos guerrilleros, con organizaciones delincuenciales o con personas que hayan cooperado con tales grupos u organizaciones, así como en los eventos en que dentro de la actuación disciplinaría se estén investigando conductas en las que se

encuentre involucrada algunas organización criminal o que por su gravedad sean consideradas como atroces.

Parágrafo.- En las investigaciones que adelanta la Procuraduría General de la Nación, a petición del testigo, podrá reservarse su identidad, en las mismas condiciones establecidas para las investigaciones que adelante la Fiscalía General de la Nación.

Artículo. 72.- El Presidente de la República celebrará convenios con otros Estados y organizaciones internacionales con el fin de facilitar a la Fiscalía obtener la información y la colaboración necesarias para el desarrollo del programa.

El fiscal de la Nación podrá requerir el apoyo de las instituciones internacionales que cuenten con programas similares de protección de víctimas y testigos cuando sea necesario su traslado a otros países.

Igualmente se autoriza al Gobierno para recibir donaciones nacionales e internacionales con destino al programas de protección, las cuales serán manejadas por el fiscal general de la Nación.

Artículo. 73.- El Consejo Superior de la Judicatura a solicitud de la Fiscalía General de la Nación, creará la planta de personal necesaria para atender el programa de protección a intervinientes en el proceso penal.

Artículo 74.- Las personas vinculadas al programa de protección de testigos podrán solicitar su desvinculación voluntaria de él, pero suscribirán un acta en la que de manera expresa manifiesten su renuncia a la protección.

Artículo. 75.- En los procesos en los que se investiguen violaciones a los derechos humanos se dará protección a los testigos, cuando la seguridad de los mismos así lo aconseje.

Título III

CONTROL SOBRE EL FINANCIAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES SUBVERSIVAS Y TERRORISTAS

Capítulo I

CONTROL SOBRE EL USO DE LOS RECURSOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES O ADMINISTRADOS POR ESTAS

Artículo. 76.- Sin perjuicio de los mecanismos de control interno y de auditoría existentes, y con el fin de evitar que recursos públicos se destinen a la

financiación de actividades subversivas o terroristas, el Gobierno Nacional podrá ordenar la auditoría de los presupuestos de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, tanto en su formación como en su ejecución, así como las de sus estados financieros, para verificar el uso que dichos entes hagan de los recursos que reciban a cualquier título.

Artículo. 77.- Para los efectos del artículo anterior, unidad de auditoría especial de orden público, creada por el Decreto-Ley 1835 de 1992 (6), continuará funcionando como una dependencia del Ministerio de Gobierno y ejercerá las funciones de auditoría previstas en el presente capítulo, en coordinación con los Ministerios de Defensa Nacional y de Hacienda y Crédito Público.

La Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, el Departamento Nacional de Planeación y las demás entidades y organismos públicos prestan a la unidad de auditoría especial de orden público el apoyo técnico y de personal que se requiera para dar cumplimiento a lo dispuesto en este capítulo.

Artículo. 78.- Los funcionarios de la unidad de auditoría especial de orden público tendrán acceso inmediato a todos los libros, actos, contratos, documentos y cuentas de la entidad territorial respectiva de sus entidades descentralizadas y de los particulares que administren recursos de la entidad territorial. Podrán así mismo exigirles informes y la presentación de los soportes de las cuentas a través de las cuales se manejan los recursos investigados y todos los actos y documentos que justifiquen el manejo y el gasto de los mismos.

Artículo. 79.- Las autoridades de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, y en particular los contralores, presentarán su eficaz colaboración a los funcionarios de la unidad de auditoría especial de orden público. Cualquier omisión a este deber será considerada como causal de mala conducta.

Artículo. 80.- El Ministerio de Gobierno luego de oír al gobernador, alcalde o director de la entidad descentralizada respectiva, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de las partidas presupuestales o la realización de gastos públicos de las entidades territoriales o sus entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, cuando estimen que puedan conducir a la desviación de recursos hacia actividades subversivas o terroristas. Dicha suspensión deberá fundamentarse en una evaluación razonada.

La partida suspendida provisionalmente volverá a estudio del concejo o la asamblea, según el caso, en los diez (10) días siguientes y en caso de insistencia de esas corporaciones se ejecutará inmediatamente y el Gobierno Nacional podrá designar un auditor para vigilar la ejecución.

Artículo. 81.- Los funcionarios de la unidad de auditoría especial de orden público a que se refiere el presente capítulo cumplirán funciones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación. Cuando en desarrollo de sus actividades se perciban la realización de una conducta que deba ser investigada, disciplinariamente, estarán además, obligados a informar a la Procuraduría General de la Nación sobre el desarrollo y los resultados de sus actuación.

Capítulo II

SANCIONES A CONTRATISTAS

Artículo 82.- El gobierno podrá declarar la caducidad o la liquidación unilateral o buscar la liquidación bilateral de todo contrato celebrado por una entidad publica, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato, en cualquiera de las siguientes causales:

1) Hacer, tolerar u omitir alguna cosa invocada o cediendo injustificadamente a amenazas por parte de la delincuencia organizada o de grupos guerrilleros.

2) Recibir, suministrar, administrar, invertir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destinos a la delincuencia organizada o a grupos guerrilleros.

3) Colaborar o prestar ayuda a la delincuencia organizada o a grupos guerrilleros.

4) Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier titulo, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al deposito o almacenamiento de pertenencias de la delincuencia organizada de los grupos guerrilleros o de sus miembros .

5) Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de la delincuencia organizada de los grupos guerrilleros o de sus miembros.

Incumplir el deber de denunciar hechos punibles cuya omisión haya conocido con ocasión del contrato, que sean cometidos por integrantes de la delincuencia organizada o por grupos guerrilleros.

Parágrafo.- Para efecto de los dispuesto en el presente artículo, constituye hecho del contratista la conducta de sus agentes o dependientes, de la cual haya tenido conocimiento el contratista.

Artículo 83.- La declaratoria de caducidad deberá proferirse mediante resolución motivada de la entidad contratante, haciendo efectiva la cláusula penal y las multas contractuales a que hubiere lugar. Dicha resolución prestara mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva.

La notificación de la providencia de caducidad, se sujetara a los dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

En firme la providencia de caducidad, se procederá a liquidar el contrato sin que haya lugar al pago de indemnización alguna a favor del contratista.

En ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral.

Los contratistas a quienes sea declarada la caducidad quedaran inhabilitados para celebrar por si, o por interpuesta persona, contrato con las entidades a que se refiere el artículo 88 de la presente ley, en forma prevista en el estatuto de contratación 222 de 1983 (7) o en las disposiciones legales que lo modifiquen sustituyan o adicionen.

Artículo 84.- Cuando el procurador general de la Nación o el fiscal general de la Nación, en desarrollo de investigaciones adelantadas en ejercicio de sus funciones establezcan la existencia de las conductas a que se refiere el artículo 82 de esta ley, solicitara a la autoridad competente que declare la caducidad del contrato, con base en las circunstancias que señalen dichos funcionarios en su solicitud.

Artículo 85.- El contratista procederá a terminar unilateralmente los subcontratos que celebre en desarrollo de los contactos a que se hace referencia en el artículo 82 de la presente ley, cuando establezca que el subcontratista incurrió en alguna de las conductas previstas en el mismo artículo. Igualmente deberá terminarlos cuando se lo solicite la entidad publica contratante, el fiscal general de la Nación o el procurador general de la Nación, en razón de que dichos funcionarios establezcan la ocurrencia de los hechos o que se ha hecho referencia.

Cuando, sin justa causa, el contratista no de por terminado unilateralmente el subcontrato, o cuando no atienda la solicitud que en tal sentido le formule la entidad pública contrate, el procurador o el fiscal, la entidad competente procederá a aplicar las multas previstas en el contrato y, si es del caso, a declarar su caducidad.

Parágrafo.- La terminación unilateral a que hace referencia el presente artículo no requería decisión judicial ni dará lugar al pago de indemnización de perjuicios.

Artículo 86.- Las cláusulas de caducidad y de terminación unilateral a que se refiere el presente capitulo, se entiende incorporadas, respectivamente, en todos los contratos y subcontratos que se encuentren en ejecución a la fecha de promulgación de la presente ley, así como en aquellos que se celebren a partir de la misma.

En todo caso para decretar la caducidad o la terminación unilateral prevista en esta ley, solo podrán invocarse conductas realizadas con posterioridad a la fecha de vigencia del Decreto Legislativo 1875 de 1992.

Parágrafo.- El servidor publico, que sin justa causa, no declare la caducidad, no ordene la terminación unilateral de los subcontratos, o no informe de los hechos irregulares a las autoridades competentes, incurrirá en casual de mala conducta cuando conforme a esta ley deba hacerlo.

La sanción respectiva se aplicara conforme al procedimiento previsto en las normas legales, y en caso de gobernadores y alcaldes, con sujeción a los procedimientos previstos en el titulo V de esta ley.

Artículo 88.- Para efecto de lo previsto en el artículo 82 de la presente ley, se consideran entidades publicas las definidas en el estatuto general de contratación de la administración publica.

Capítulo III

EMBARGO PREVENTIVO Y EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO DE BIENES VINCULADOS A LA COMISION DE DELITOS DE COMPETENCIA DE LOS JUECES REGIONALES

Artículo 89.- Los jueces regionales conocerán del delito de hurto y los conexos con el mismo, cuando aquel recaiga sobre el petróleo y sus derivados que se sustraigan ilícitamente de un oleoducto o gasoducto o de sus fuentes inmediatas de abastecimiento, siempre que la cuantía exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes del momento de comisión del hecho.

Artículo 90.- Los bienes embargados preventivamente y los aprehendidos, de conformidad con los dispuesto en este capitulo serán administrados por la Fiscalía General de la Nación, salvo los derivados de actividades de narcotráfico y conexos, que continuaran siendo administrados por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Cuando se trate de petróleo o sus derivados, previa determinación de su calidad y sus cuantía, se entregaran a la Empresa Colombiana de Petróleo, la

cual podrá comercializarlos. La orden que disponga la entrega definitiva de los bienes a que se refiere este inciso, se cumplirá mediante la restitución de los mismos o de otros del mismo genero, y calidad, o mediante el pago del valor que ellos tengan en la fecha en que quede ejecutoriada la respectiva decisión.

Artículo 91.- Los derechos reales principales o accesorios sobre bienes a que se refiere este capítulo se extinguirá a favor del Estado, de conformidad con el trámite previsto en el artículo 57 del Decreto 099 de 1991, incorporado como legislación permanente por el artículo 4 del Decreto 2271 de 1991.

Artículo 92.- La Fiscalía General de la Nación pasara a ser titular de los bienes muebles e inmuebles, instrumentos y efectos con los que se haya cometido un hecho punible o que provengan de su ejecución y que no sean de libre comercio a menos que la ley disponga su destrucción.

Así mismo, al igual que lo previsto en otras disposiciones, pasaran a formar parte de los recursos de la Fiscalía General de la Nación:

1) Los bienes y recursos provenientes de los delitos de enriquecimiento ilícito y narcotráfico que la Fiscalía de acuerdo con el Consejo Nacional de Estupefacientes determine cono necesarios para su funcionamiento, cuya extinción del dominio a favor del Estado haya sido decretada en sentencia ejecutoria.

2) De los incautados dentro de los procesos penales, cuando transcurrido un año desde la fecha en que puedan ser reclamados por los interesados, éstos no lo hagan, o desde su incautación cuando se trate de bienes sin dueño conocido, los cuales ingresan al patrimonio de la Fiscalía General de la Nación.

Parágrafo.- Igualmente formaran parte de los recursos de la Fiscalía General de la Nación, los valores que ingresen por concepto de venta de pliego de licitaciones, formularios de registro de proponentes y pago de fotocopias, así como de los que se obtengan por concepto de la venta o remate de los activos, efectuados de acuerdo con los establecidos por la ley.

Artículo 93.- La Fiscalía General de la Nación realizara la venta de los bienes recibidos por extinción del dominio de conformidad con las disposiciones vigentes en materia de contratación .

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación podrá celebrar contratos de fiducia y constituir encargos fiduciarios con entidades autorizadas para este fin por la Superintendencia Bancaria, para la administración o venta de dichos bienes, de acuerdo a los procedimientos que establezcan el fiscal general de la Nación.

Si habiéndose agotado los procedimientos contemplados en este artículo, no se logra la venta del bien en un termino de seis meses contados a partir del recibo del mismo, el fiscal general de la Nación podrá reconsiderar el precio base de la venta de acuerdo a las condiciones reales que en este momento ofrezcan el mercado.

Título IV

INFORMACION, MEDIOS DE COMUNICACION Y SISTEMAS DE RADIOCOMUNICACION.

Capítulo I

INFORMACION Y MEDIOS DE COMUNICACION.

Artículo 94.- Prohíbese la difusión total o parcial, sin autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, por medio de radiodifusión sonora o audiovisual, de comunicaciones que se atribuyan a provengan de grupos guerrilleros y demás organizaciones delincuenciales vinculadas al narcotráfico y el terrorismo. Dichos medios solo podrán informar al respecto.

Artículo 95.- Por cualquier medio masivo de comunicación, prohíbese identificar persona alguna que hubiere presenciado actos de terrorismo o las conductas de rebelión, sedición, asonada, secuestro, extorsión o narcotráfico.

Tampoco podrá identificarse a las personas que puedan aportar pruebas relacionadas con las citadas conductas delictivas.

Se entiende por identificación revelar el nombre de la persona , transmitir su voz, divulgar su imagen y publicar información que conduzca a su identificación.

Artículo 96.- No se podrá divulgar por la radio y la televisión, sin autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al narcotráfico.

Parágrafo.- Lo dispuesto en el articulo 95 y en este articulo, se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el articulo 17 de la presente ley.

Artículo 97. - Prohíbese la transmisión, por los servicios de radiodifusión sonora y de televisión, de hechos de terrorismo, subversión o narcotráfico mientras estén ocurriendo.

Artículo 98.- Facúltase al Ministerio de Comunicaciones para que en caso de violación de las disposiciones de este capitulo y mediante resolución motivada, aplique las siguientes sanciones:

1) Suspenda hasta por seis (6) meses el uso o recupere el dominio de las frecuencias o canales de radiodifusión y de los espacios de televisión explotados por particulares.

2) Imponga sanciones pecuniarias hasta por una cuantía equivalente a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales, a los medios de comunicación que contravengan lo dispuesto en el presente capítulo.

Artículo 99.- Las sanciones de multa y suspensión de uso serán impuestas por el Ministerio de Comunicaciones, de conformidad con el siguiente procedimiento:

1) Conocida la ocurrencia de la presunta infracción, el Ministerio formula los cargos correspondientes al imputado, mediante, escrito que se enviara por correo certificado o por cualquier otro medio idóneo y eficaz, a la última dirección conocida del respectivo medio de comunicación.

2) El medio de comunicación dispondrá de setenta y dos (72) horas para presentar los correspondientes descargos y aportar las pruebas que considere pertinentes, plazo que se contara a partir de la fecha de recibo de los cargos a que hace referencia el literal anterior.

Para estos efectos se presumirá, salvo prueba en contrario que la fecha de recibo del pliego de cargos es la misma de la fecha de introducción al correo, tratándose de medios de comunicación cuya sede es la ciudad de Santafé de Bogotá. D.C., o el tercer día siguiente a la misma fecha, tratándose de medios de comunicación ubicados fuera de la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C..

3) Una vez presentados los descargos o transcurridos el plazo de que trata el literal anterior, el Ministerio decidirá mediante resolución motivada, contra la cual sólo procede el recurso de reposición, en el efecto devolutivo, el cual deberá interponerse dentro del termino de tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de notificación del respectivo acto.

Artículo 100.- La sanción de recuperación de frecuencia sólo podrá ser impuesta cuando el medio de comunicación, después de haber sido sancionado con sus suspensiones o multa, incurra en una nueva infracción. En este caso, los plazos establecidos en el artículo anterior se triplicaran y los recursos se interpondrán en el efecto suspensivo.

Artículo 101.- Las acciones contenciosas contra la resolución a que se refiere los artículos anteriores serán de competencia del Consejo de Estado. En

caso de solicitud de sus suspensiones provisional de las resoluciones, el auto correspondiente del Consejo de Estado deberá ser proferido en el termino máximo de diez (10) días.

Capítulo II

SISTEMAS DE RADIOCOMUNICACIONES

Artículo 102.- El uso de buscapersonas es personal e intransferible; el de radioteléfonos, portátiles-handys y equipos de radiotelefonía móvil, es intransferible y puede ser personal, familiar o institucional.

Para la transferencia de derechos de uso de equipos de telefonía móvil se requerirá la autorización expresa y previa de la administración telefónica correspondiente.

Los concesionarios que presten los servicios de telecomunicaciones y los licenciatarios, deberán suministrar a la Policía Nacional-Dijín, con base en la información que a su turno deben suministrar los suscriptores o personas autorizadas para la utilización de los equipos, los datos personales de que trata el registro del artículo 103 de esta ley. La información deberá remitirse a la policía dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la fecha en que una persona sea autorizada para usar el servicio.

Cuando se trate de telefonía móvil, la información deberá ser enviada a la Policía Nacional-Dijín por la administración telefónica, dentro del termino señalado en el inciso anterior.

El Ministerio de Comunicaciones deberá remitir a la Policía Nacional-Dijín la información a que hacer referencia el presente artículo en relación con los concesionarios y licenciados.

Artículo 103.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, los concesionarios y licenciados de los servicios a que se refiere el mismo articulo, deberán elaborar y mantener un registro de suscriptores y de personas autorizadas, el cual deberá, contener la siguiente información: nombre, documentación de identidad, dirección, teléfono, huella digital y las demás que se señalen en el formulario que con tal fin elabore el comando general de las fuerzas militares.

Con base en la información suministrada, los concesionarios expedirán una tarjeta distintiva al suscriptor . A su turno, los licenciatarios deberán expedir una tarjeta similar a aquellas personas que hayan autorizado para operar equipos dentro su red privada.

Artículo 104.- La información que se suministra a las autoridades o a los concesionarios con destino a aquéllas, con el propósito de obtener autorización para la utilización de sistemas de radiocomunicaciones y operar equipos de telefonía o radiotelefonía móvil, buscapersonas, portátiles-handys o radiotelefonía, se entenderá rendida bajo juramento, circunstancias sobre la cual se advertiría al particular al solicitarle la información respectiva.

La Policía Nacional-Dijín, podrá realizar inspecciones en los registros de suscriptores y personas autorizadas que se refiere este capitulo a fin de cotejarlos con la información suministrada por los concesionarios, licenciatarios y las administraciones telefónicas correspondientes.

Artículo 105.- Sin perjuicio de lo prescrito en otras disposiciones, los suscriptores, licenciatarios o las personas autorizadas para emplear los sistemas de radiocomunicaciones a que se refiere el articulo 102 de la presente ley, tendrán las siguientes obligaciones:

1) Portar permanentemente la tarjeta distintiva de suscriptor o persona autorizada expedida por el concesionario o licenciatario.

2) Adoptar las medidas de seguridad idóneas para que el equipo no sea hurtado o extraviado.

3) Utilizar personalmente el equipo de radiocomunicaciones

4) No enviar mensajes cifrados o en lengua ininteligible.

Artículo. 106.- La violación de los dispuesto en el presente capítulo por parte de los suscriptores para operar equipos de radiocomunicaciones, dará lugar a la suspensión inmediata del servicio pro el concesionario, previa solicitud de la Policía Nacional-Dijín. En la eventualidad de que un concesionario o licenciatario infrinja el presente capitulo, la Policía Nacional-Dijín, informara al Ministerio de Comunicaciones para que aplique las sanciones a que haya lugar.

Cuando los miembros de la fuerza publica determinen que un usuario de los equipos de que trata el artículo 102, ha infringido el presente capítulo, procederán a incautar el equipo y a ponerlo a disposición del Ministerio de Comunicaciones en los términos del artículo 50 del Decreto 1900 de 1990, salvo en el caso de que dicho equipo sea propiedad del concesionario, situación en la cual se entregara a este último.

Artículo. 107.- Lo dispuesto en el presente capitulo no se aplicara a los sistemas y equipos de radiocomunicaciones que utilice la Fiscalía General de la Nación, la fuerza publica, el DAS y los demás organismos de seguridad del Estado.

Título V

SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS ORDENES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN MATERIA DE ORDEN PUBLICO

Artículo 108.- Sin perjuicio de la sanción penal a que haya lugar, los gobernadores y alcaldes que incurran en cualquier de las faltas especiales previstas en cualquiera de las faltas especiales previstas en el artículo 14 de la ley 4 de 1991, se harán acreedores a las sanciones de suspensión en el ejercicio del cargo hasta por sesenta (60) días calendario o a la destitución del mismo, según la gravedad de la falta.

De igual manera, les serán aplicables a dichos funcionarios las sanciones anotadas, cuando desarrollen cualquiera de las siguientes conductas:

1) Establecer contactos o vínculos, directa o indirectamente, con miembros de grupos guerrilleros y demás organizaciones delincuenciales vinculadas al narcotráfico y al terrorismo, sin previa autorización del Gobiemo Nacional, o en contravención con las instrucciones dadas por éste al respecto.

2) No atender oportuna y eficazmente las órdenes o instrucciones que para la conservación y el restablecimiento del orden publico imparta la autoridad competente.

3) Promover, a través de declaraciones o pronunciamientos de cualquier índole, el desconocimiento de las ordenes o instrucciones que imparta la autoridad competente en materia de orden publico.

4) Consentir o permitir que sus subaltemos desconozcan las ordenes o instrucciones dadas por la autoridad competente en materia de orden publico o no aplicar los correctivos a que hay lugar cuando esto ocurra.

Artículo 109.- Las sanciones de suspensión o destitución serán decretadas, a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, por el Presidente de la República si se trata de los gobemadores o alcaldes de distrito, y por los gobemadores cuando se trate de alcaldes municipales de su respectivo departamento.

Artículo 110.- El Presidente de la República podrá suspender provisionalmente a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, mientras se adelanta la investigación respectiva, a los gobemadores y a los alcaldes.

La suspensión provisional deberá motivarse y podrá ser decretada desde el momento en que inicie la investigación correspondiente y hasta por el termino de duración de la misma.

Decretada la suspensión, el presidente de la República encargara de las funciones correspondientes a un funcionario del Estado o a una persona particular y en todo caso, de la misma filiación y grupo político del titular.

Mientras un gobernador o un alcalde permanezca suspendido provisionalmente, no tendrá derecho a recibir ninguna suma de dinero por concepto de remuneración del cargo de que es titular. Si es reintegrado a dicho cargo, tendrá derecho al reconocimiento de la remuneración dejada de recibir durante el período de suspensión provisional, salvo que le sea aplicada la sanción de suspensión, caso en el cual tendrá derecho únicamente al reconocimiento de la diferencia que pudiera resultar a su favor.

Artículo 111.- Cuando se ordene la sanción de suspensión de esta ley, el Presidente y los gobernadores encargarán de las gobernaciones o de las alcaldías a una persona de la misma filiación y grupo político del titular.

Artículo 112.- En caso de destitución de los gobernadores o alcaldes, el Presidente o el gobernador, según el caso, convocara a nueva elección dentro de los dos (2) meses siguientes, siempre y cuando no haya transcurrido mas de la mitad del período y las condiciones de orden público lo permitan. Mientras tanto el Presidente y los gobernadores según el caso, podrán encargar de las gobernaciones o alcaldías en la forma prevista en el artículo 111 de esta ley.

Cuando de acuerdo con el inciso anterior no deba convocarse a elecciones, se encargara por el resto del período en la forma prevista en el articulo 116.

Artículo 113.- Los gobernadores están obligados a cumplir la suspensión o la destitución que solicite el procurador general de la Nación dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la solicitud. En caso contrario, el gobernador incurrirá en causal de mala conducta que será investigada y sancionada, conforme a las disposiciones de este título.

Si el gobernador no cumpliere las suspensión o destitución solicitada dentro del termino previsto, el Presidente de la República procederá a decretarlas.

Artículo 114.- En caso de que un gobernador o alcalde renuncie como resultado de amenazas, intimidación o presión de las subversión u organización criminal, o sea secuestrado o haya perdido su vida por causa de las mismas y así lo considera la Fiscalía General de la Nación, el Presidente de la República podrá nombrar libremente su reemplazo.

Artículo 115.- Las investigaciones por las faltas a que se refiere el artículo 108 de la presente ley, serán adelantadas por la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con la siguiente distribución de competencias:

1) El procurador General de la Nación conocerá, en única instancia, de las faltas que se atribuyan a los gobernadores, al Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, los alcaldes distritales y alcaldes de capitales de departamento.

2) El procurador delegado para la vigilancia administrativa conocerá, de las faltas que se atribuyan a los demás alcaldes municipales.

Parágrafo.- Los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, a quienes se les otorgan las competencias descritas en el presente artículo, podrán designar a otro funcionario de la misma entidad para que adelante la investigación y le rinda el informe correspondiente.

Artículo 116.- En las investigaciones que se adelantan en virtud de los dispuesto en el artículo anterior se observara lo contemplado en el articulo 29 de la Constitución Política y el siguiente procedimiento.

1) El funcionario competente dispondrá un termino de ocho (8) días hábiles para perfeccionar la investigación, vencido el cual formulará cargos dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, si encontraré mérito para ello.

2) El acusado dispondrá de un término de tres (3) días hábiles para rendir descargos y solicitar la práctica de pruebas.

3) En funcionario competente, practicará las pruebas solicitadas por el acusado y las que oficiosamente considere necesaria en un término de cinco (5) días hábiles, vencido el cual deberá emitir el fallo dentro de los tres (3) días hábiles siguientes:

Artículo 117.- Contra los actos que ordenen la suspensión provisional, la suspensión o la destitución de un gobernador o de un alcalde, procederá el recurso de reposición en el efecto devolutivo, el cual deberá interponerse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de los mismos y resolverse por el funcionario competente en un plazo igual.

Artículo 118.- En lo no previsto en los artículos anteriores del presente título, se aplicará lo dispuesto en las Leyes 25 de 1974, 4a. de 1990 y en las demás normas que reglamenten, modifique, sustituyan o deroguen estas disposiciones.

Artículo. 119.- Lo dispuesto en el presente título, se aplicará sin perjuicio de las facultades que ejercen el Procurador General de la Nación, en virtud de lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 278 de la Constitución Política.

Título VI

NUEVAS FUENTES DE FINANCIACION

Capítulo I

ANTICIPO DE IMPUESTOS Y REGALIAS

Artículo 120.- Los explotadores y exportadores de petróleo crudo y gas libre y/o asociado y demás recursos naturales no renovables que estén obligados al pago de regalías y de las contribuciones especiales de que tratan los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Ley 6a. de 1992, el Decreto 1131 de 1992 y el artículo 24 del Decreto 1372 de 1992 podrán cancelar a manera de anticipo, el valor que por tales conceptos, así como razón del impuesto a la renta, se pueda causar en vigencias futuras.

Artículo 121.- El valor que por concepto de anticipo se cancele de conformidad con el artículo anterior, sólo podrá ser aplicado para el pago de las liquidaciones oficiales por regalías y el pago de las contribuciones especiales que, para ambos casos, se puedan causar en el futuro. Las cancelaciones anticipadas de impuestos a la renta, sólo podrán imputarse a lo que por dicho concepto debe pagarse en los períodos fiscales respectivos.

Parágrafo 1º.- El Gobierno Nacional, para el cumplimiento efectivo de la disposiciones constitucionales en materia de regalías, incluirá en el presupuesto nacional el valor que se cause a su cargo y favor de las entidades de que tratan los artículos 360 y 361 de la Constitución Política.

El Gobierno Nacional podrá hacer anticipos de tales regalías a las entidades territoriales con las cuales se celebre un convenio para ese efecto, previo cumplimiento de las normas legales pertinentes.

Parágrafo 2º.- Las condiciones y requisitos para la aplicación del anticipo previsto en este capítulo deberán ser pactadas mediante la celebración de los contratos entre las entidades responsables y la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los cuales se determinará el valor del anticipo, la forma de imputar el mismo y el rendimiento a que haya lugar. En el evento de que el impuesto a la renta que deba pagarse en algún período fiscal sea inferior al anticipo recibido para ser imputado en dicho período, en el contrato se pactará que el interesado podrá posponer la imputación para un período posterior conservando la rentabilidad convenida, o podrá recibir el pago correspondiente según los términos acordados. Los contratos a que se refiere el presente Parágrafo, solamente requerirán para su formación y perfeccionamiento la firma de las partes.

Parágrafo 3º.- Sobre el anticipo efectivamente cancelado se reconocerá los rendimientos que se pacten libremente los responsables del anticipo o los impuestos y la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Capítulo II

FINANCIACION DE LOS FONDOS DE SEGURIDAD

Artículo 122.- Podrán crearse fondos de seguridad en aquellos departamentos y municipios donde no existan. Los fondos de seguridad que se creen en virtud de la presente ley, tendrán el carácter de "fondos-cuenta". Los recursos de los mismos, se distribuirán según las necesidades regionales de seguridad y serán administrados por el gobemador por el alcalde, según el caso, o por el secretario del despacho en quien se delegue.

Capítulo III

CONTRIBUCION ESPECIAL

Artículo 123.- Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamentos o municipios, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

Parágrafo.- La celebración o adición de contratos de concesión de obra pública no causará la contribución establecida en este capítulo.

Artículo 124.- Para los efectos previstos en el artículo anterior, la entidad pública contratante desconocerá el cinco por ciento (5%) del valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista.

El valor retenido por la entidad pública contratante deberá ser consignado inmediatamente en la institución financiera que señale, según sea el caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad territorial correspondiente.

Copia del correspondiente recibo de consignación deberá ser remitido por la entidad pública al Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales o a la respectiva secretaría de hacienda de la entidad territorial, dependiendo de cada caso. Igualmente, las entidades contratantes deberán enviar a las entidades anteriormente

señaladas, una relación donde conste el nombre del contratista y el objeto y valor de los contratos suscritos en el mes inmediatamente anterior.

Artículo 125.- Los recursos que recaude la Nación por concepto de la contribución consagrada en el presente capítulo deberán invertirse en la realización de gastos destinados a propiciar la seguridad ciudadana, el bienestar social, la convivencia pacífica, el desarrollo comunitario y, en general, a todas aquellas inversiones sociales que permitan hacer presencia real del Estado.

Los recursos que recaude las entidades territoriales por este mismo concepto deberán invertirse por el fondo o consejo de seguridad de la respectiva entidad en dotación, material de guerra, reconstrucción de cuarteles y otras instalaciones, compra de equipos de comunicaciones, montaje y operación de redes de inteligencia, recompensas a personas que colaboren con la justicia y seguridad de las mismas, servicios personales, dotación y raciones para nuevos agentes y soldados o en la realización de gastos destinados a generar un ambiente que propicie la seguridad ciudadana, el bienestar social, la convivencia pacífica, el desarrollo comunitario y, en general a todas aquellas inversiones sociales que permitan hacer presencia real del Estado.

Título VII

DISPOSICIONES SOBRE RESERVAS Y ADJUDICACION DE TERRENOS BALDIOS

Artículo 126.- La junta directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante resolución debidamente motivada, declarar como reservas territoriales especiales del Estado, los terrenos baldíos situados en zonas aledañas o adyacentes a las exploraciones y explotaciones petroleras o mineras, los cuales, en consecuencia, no podrán ser adjudicados a ningún título a los particulares.

Para la delimitación de las áreas aledañas o adyacentes a las exploraciones petroleras o mineras, el instituto tendrá en cuenta , en cada caso, las circunstancias de orden público de la región y la salvaguarda de los intereses de la economía nacional, para efecto de lo cual debería oír al Ministerio al Ministerio de Defensa Nacional y a las demás entidades públicas interesadas en la constitución de la reserva territorial.

Artículo 127.- La tierras baldías a que se refiere el artículo anterior, sólo podrán reservarse en favor de las entidades de derecho público cuyo objeto esté directamente relacionado con las actividades de exploración y explotación petrolera o minera. Dichos terrenos podrán entregarse en comodato o arriendo a las entidades mencionadas.

Artículo 128.- Facúltase al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y a las entidades públicas que adelanten actividades de exploración o explotación de yacimientos petroleros o mineros para adquirir mediante negociación directa o expropiación con indemnización, los predios, mejoras o derechos de los particulares situados en las zonas aledañas o adyacentes a las exploraciones y explotaciones petroleras o mineras delimitadas por la junta directiva del Instituto Colombiano de Reforma Agraria.

Corresponde al representante legal de la entidad pública ordenar la compra de los bienes o derechos que fueren necesarios, para lo cual formulará oferta de compra por escrito a los titulares de los derechos correspondientes.

Si no se pudiere comunicar personalmente la oferta , se entregará a cualquier persona que se encontrare en el predio y se oficiará a la alcaldía de ubicación del inmueble mediante telegrama que contenga los elementos sustanciales de la propuesta, para que se fije mediante aviso en lugar visible al público durante los cinco (5) días siguientes a su recepción, vencidos los cuales surtirá efectos ante los demás titulares de derechos constituidos sobre inmueble.

La oferta de compra será inscrita en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su comunicación. Los inmuebles y derechos así afectados quedarán fuera de comercio a partir de la inscripción.

Cuando se trate de campesinos propietarios de terrenos con extensión hasta la unidad básica familiar que defina el Incora, éste deberá establecer un programa de relocalización en áreas de reforma agraria que no disminuyan la calidad de vida de los propietarios, en las mismas entidades territoriales donde se realice la expropiación.

Artículo 129.- El término para contestar la oferta será de cinco (5) días hábiles contados a partir de su comunicación personal o la desfijación del aviso en la alcaldía. Si se aceptare, deberá suscribirse el contrato de compraventa dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes e inscribirse la escritura en la oficina de registro de instrumentos públicos respectiva.

Artículo 130.- Se entenderá que el propietario renuncia a la negociación directa y rechaza la oferta de compra, cuando no hubiere acuerdo sobre el precio o la forma de pago, o el titular de los derechos incumpla los plazos previstos para contestar la oferta o suscribir la escritura de compraventa.

Artículo 131.- Agotada la etapa de negociación directa, el representante legal de la entidad, mediante resolución motivada, ordenará adelantar la expropiación del inmueble y demás derechos constituidos sobre el mismo, la

que se notificará en la forma prevista en los artículos 44 a 48 del Código Contencioso Administrativo y contra la cual sólo procede el recurso de reposición, dentro los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

Transcurridos quince (15) días hábiles desde la presentación del recurso sin que se hubiere resuelto, quedará ejecutoriado el acto recurrido y no será procedente pronunciamiento alguno sobre la materia objeto de la impugnación.

Contra la resolución que ordena adelantar la expropiación no procederá la suspensión provisional pero podrá ser objeto de las acciones contenciosas administrativas ante el tribunal de lo contencioso administrativo con jurisdicción en el lugar de ubicación del inmueble.

Artículo 132.- La demanda de expropiación será presentada por el representante legal de la entidad o su apoderado ante el juez civil del circuito competente, dentro del mes siguiente a la fecha en la cual quedara en firme el acto que disponga la expropiación.

El proceso de expropiación se adelantará de conformidad con las disposiciones previstas en los artículos 451 del Código de Procedimiento Civil

Artículo 133.- Declárase de utilidad pública e interés social para efectos de ordenar la expropiación con indemnización, la adquisición del derecho del dominio y de los demás derechos reales sobre los terrenos situados en las zonas a que hace referencia el presente título que se delimiten por parte de la junta directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para la constitución de las reservas territoriales especiales.

Artículo 134.- Esta ley tendrá una vigencia de dos (2) años, a partir de su promulgación.

Artículo 135.- La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

Siguen firmas...

2. De los argumentos de la demanda.

El actor considera que la ley demandada viola los artículos 161, 146, 152, 153, 157, 160 de la Constitución Política, tomando en consideración los siguientes argumentos:

a) Violación del artículo 161 de la Carta: El actor sostiene que en el proceso de formación de la ley acusada se presentaron discrepancias acerca de dos artículos, uno relacionado con los defensores públicos en casos especiales y

el otro sobre extinción del dominio en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Siendo esto así, se conformó una comisión accidental de conciliación para disolver las diferencias, la cual presentó un informe en el cual se aceptó la inclusión de los dos nuevos artículos, ya citados. El demandante afirma que en realidad no existió informe, ya que no tenía las firmas necesarias para ello.

El demandante expresa que el artículo 161 de la Carta fue violado en el proceso de expedición de la Ley 104 de 1993, dado que la mencionada disposición señala que se entiende negado el proyecto en el cual persisten diferencias, luego de la repetición del segundo debate. En efecto, "no hubo conciliación entre la comisión accidental de conciliación de la Cámara de representantes y el Senado de la República. No hay siquiera acta de conciliación, pues 7 de los 8 senadores que la integraron no la firmaron. El presidente del Senado manifestó a la plenaria que no podía someter a consideración de la Corporación un informe de conciliación por cuanto éste no había sido suscrito por 7 de los 8 senadores".

Agrega el accionante que "en la Cámara de Representantes, en la repetición del segundo debate, fue reafirmado el proyecto de ley tal como había sido aprobado, incluso con los dos artículos nuevos, los cuales habían sido negados en primer debate en el seno de las Comisiones Primeras Constitucionales permanentes en sesión conjunta por mensaje de urgencia del Presidente de la República. En cambio, el Senado de la República, al repetir el segundo debate del proyecto, aprobó este, sin los dos artículos aprobados por la Cámara de Representantes y que dio lugar a que no hubiera conciliación ni se pudiera suscribir el informe correspondiente. Y, al considerar en una votación insólita los dos artículos nuevos, no había **quórum decisorio** y, en consecuencia, no fueron aprobados".

Así las cosas, concluye el actor que "al repetir el segundo debate en las sesiones plenarias del Senado y de la Cámara de Representantes, las diferencias persisten y en consecuencia, SE CONSIDERARA NEGADO EL PROYECTO".

Por otro lado, el ciudadano Pedro Pablo Camargo considera que tal violación no se puede amparar en el artículo 189 de la Ley 5a. de 1992, el cual respecto a la persistencia de las diferencias establece que "se considerará negado los artículos o disposiciones materia de discrepancia, siempre que no fueren fundamentales al sentido de la nueva ley". El actor sostiene que tal precepto no puede tener prevalencia sobre la Constitución, ya que ésta última es norma de normas (artículo 4° C.P.).

b) Violación del artículo 146 de la Constitución: El actor manifiesta que en el proceso legislativo de la norma en comento "el Presidente de las Comisio-

nes Primeras Constitucionales Permanentes del Senado y la Cámara, en la sesión conjunta del 29 de noviembre de 1993, cerró el primer debate del proyecto de ley sin que, como se comprobó, existiera quórum **decisorio**". Según el actor, "para el cierre del debate se requiere que haya quórum decisorio, lo mismo que para la votación. Cuando se desintegra el quórum decisorio, no se pueden adoptar decisiones que requieran mayoría decisoria".

c) Violación de los artículos 152 y 153 de la Carta: El ciudadano Pedro Pablo Camargo sostiene que "un análisis **prima facie** de la ley, así como de sus antecedentes, indican que su propósito fue el de que algunas de las medidas expedidas al amparo de la conmoción interior, adquieran carácter permanente, habida consideración de la necesidad de consolidar su eficacia, asegurar la preservación del orden público y garantizar así el mandato constitucional de que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, según lo expresa la exposición de motivos del proyecto, presentada por el Gobierno Nacional". Por eso, según su criterio, "ya por este concepto de estados de excepción, la ley debe ser estatutaria, según el literal e) del Art. 152 de la Constitución Política".

Añade el actor que la segunda parte del proyecto sobre mecanismos para la eficacia de la justicia (Arts. 61 A 93) se refiere a la administración de justicia "y, en consecuencia, se trata de una ley estatutaria, según el literal b) del citado Art. 152 de la Constitución Política".

El demandante afirma que "el título IV del proyecto, INFORMACION, MEDIOS DE COMUNICACION Y SISTEMAS DE RADIOCOMUNICACIONES (Arts. 94 a 107), se relacionan con el derecho fundamental previsto en el Art. 20 de la Constitución Política ... luego, según el literal a) del Art. 152 de la Constitución Política, se trata de una ley estatutaria".

d) Violación del artículo 157 de la Carta: El demandante expresa que "la PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY 40/93, POR LO CUAL SE EXPIDEN NORMAS PARA LA PRESERVACIÓN DEL ORDEN PUBLICO, fue incluida en la **Gaceta del Congreso**, sin las firmas de los ponentes el senador Hugo Castro Borja y los representantes Mario Uribe Escobar y Jorge Eliseo Cabrera, según la constancia hecha por el propio Secretario General del Senado, Pedro Pumarejo, en los debates de la plenaria del Senado para el trámite de segundo debate del proyecto de ley. La publicación es espuria".

e) Violación del artículo 160 constitucional:

El actor considera que se quebranta el artículo 160 de la Carta por las siguientes dos razones:

1. **Lapso no inferior a ocho días**. El actor manifiesta que "el 29 de noviembre de 1993 las comisiones primeras del Senado y Cámara dieron primer debate al proyecto de ley y lo aprobaron. El jueves 2 de diciembre de 1993, se inició en el Senado de la República el segundo debate del proyecto de ley, fijado en el orden del día, que se acompaña, sin que se hubieran transcurrido el lapso de ocho días. El proyecto en segundo debate el 6 de diciembre de 1993 por el Senado de la República, sin observancia de ese término. Pero si el Senado de la República aprobó en segundo debate el proyecto en la sesión plenaria del 6 de diciembre de 1993, la Cámara de Representantes lo aprobó en segundo debate, en su sesión plenaria del 13 de diciembre de 1993, según el respectivo orden del día, sin observancia del lapso de los quince días que exige el citado Art. 160 de la Constitución Política".

El ciudadano demandante agrega que "el mensaje de urgencia del Presidente de la República implica, en los términos del Art. 163 de la Constitución Política, que el proyecto tendrá prelación en el orden del día excluyendo la consideración de cualquier otro asunto, pero no los términos establecidos en el Art. 160 de la Constitución Política".

2. **El deber de consignar en la ponencia para segundo debate la totalidad de las propuestas y las razones de su rechazo**. El ciudadano Pedro Pablo Camargo explica que "la ponencia para segundo debate preparada por el senador Luis Guillermo Giraldo, tal como parece publicada en la gaceta del Congreso No. 421, del martes 30 de noviembre de 1993, omite consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por las comisiones primeras en primer debate y las razones que determinaron su rechazo".

Añade el actor que "basta una sola prueba: el Art. 139 del proyecto original decía: la presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación **(Gaceta del Congreso** No. 271 del 10 de agosto de 1993). Los ponentes para primer debate, en su pliego de modificaciones, establecen: el artículo 139 del proyecto que pasa a ser 140, queda igual" **(Gaceta del Congreso** No. 365, miércoles 20 de octubre de 1993). En el curso del primer debate, se introdujo el Art. 145 al haber sido rechazada la vigencia permanente de la ley: ARTICULO 145: Esta ley tendrá vigencia de dos años, a partir de su promulgación. Es el Art. 134 de la Ley 104 de 1993 (**Diario Oficial** No. 41.158, del 30 de diciembre de 1993)".

Así mismo, el demandante señala que "durante el primer debate del proyecto, en el seno de las Comisiones Primeras de Senado y Cámara, reunidas en sesión conjunta, fueron rechazados dos artículos nuevos propuestos a iniciativa del Fiscal general de la Nación, que son los mismos que volvió a proponer en el segundo debate de la Cámara de Representantes y que fueron aprobados. Proposición de los representantes Ramiro Lucio y Héctor Helí Rojas, que fue aprobada". Concluye el mentado ciudadano afirmando "el

ponente Luis Guillermo Giraldo tampoco consigna estas propuestas rechazadas ni los motivos de las Comisiones Primeras para rechazarlas".

3. Intervención del Ministro de Gobierno

El ciudadano Fabio Villegas Ramírez, Ministro de Gobierno, interviene en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de la Ley 104 de 1993.

El ciudadano antecitado, al atacar el cargo consistente en el carácter de Ley estatutaria que debería tener la norma acusada, utiliza el mismo orden del demandante así:

1. **Estados de excepción.** Sostiene el interviniente que "del artículo 214-2 en concordancia con el artículo 152-e de la Carta se desprende claramente que el objeto de regulación por vía estatutaria son las facultades del Gobierno durante la vigencia de los estados de excepción, no así las normas legales que tengan como finalidad otorgar carácter permanente a las medidas adoptadas. Debe tenerse en cuenta que la Constitución de 1991 consagra en favor del Congreso una cláusula general de competencia, conforme a la cual, todo asunto que no éste expresamente atribuido a otra autoridad pública, puede ser objeto de regulación por éste. No es cierto, como lo afirma el demandante, que el objeto de la Ley 104 de 1993 seą convertir en legislación permanente decretos expedidos bajo el estado de conmoción interior, pues de ser así, su título habría de señalarlo. Por el contrario, lo que hizo el Congreso de la República fue ejercer su potestad legislativa en materia de orden público para tiempos de normalidad".

2. **Administración de Justicia.** El defensor de la norma acusada expresa que, si bien el literal b) del artículo 152 constitucional "ordena al Congreso tramitar una ley estatutaria sobre la administración de justicia, debe darse a este mandato una interpretación conforme con las demás disposiciones constitucionales pues, de lo contrario, se llegaría al absurdo de afirmar que todo código de procedimiento exigiría trámite estatutario, por la sencilla razón de contener normas que regulan el acceso a la justicia, vaciando así de contenido la competencia señalada en al legislador ordinario en el artículo 150-2, que dice: corresponde al Congreso hace las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones".

Agrega el ciudadano Villegas Ramírez que "para determinar la intención del Constituyente en el artículo 152-b) al ordenar un trámite reforzado para el proyecto de ley relativo a la administración de justicia, debe tenerse en cuenta necesariamente el artículo 228 de la Carta, que la define como función

pública. Cuando la constitución emplea el concepto función pública hace referencia a la organización y funcionamiento de los órganos encargados de realizar determinada actividad dentro de las ramas del poder público y, en el caso concreto de la administración de justicia, a los órganos que, en los términos del artículo 116 desempeñan tal función ... de tal manera que, la ley estatutaria de administración de justicia debería contener los principios que la informan, así como los órganos encargados de ejercerla y sus competencias".

El mencionado ciudadano, en su calidad de Ministro de Gobierno, manifiesta que del análisis de las disposiciones de la ley acusada "se deduce que, en ningún momento, se está regulando la organización y competencias de los órganos encargados constitucionalmente de administrar justicia, como tampoco los principios que la rigen. Por el contrario, se trata de establecer instrumentos que garanticen la efectividad de dicha función, motivo por el cual no se está vulnerando la órbita propia de lo que debería ser la ley estatutaria sobre la administración de justicia".

3. **Derechos fundamentales.** Luego de citar un aparte de la sentencia No. C-013/93 expedida por la Corte Constitucional, el cual analiza las leyes estatutarias de derechos fundamentales, el ciudadano Villegas Ramírez afirma que "los artículos demandados no pretenden desarrollar los derechos fundamentales consagrados en el artículo 20 de la Carta: derecho a la información, derecho a informar y libertad de expresión, ni constituir un conjunto de disposiciones que regulen, en forma general, toda la materia. La finalidad última de las normas consagradas en la Ley 84 de 1993, por un lado, es la de regular aspectos que no incumben al núcleo esencial de estos derechos para permitir su cohabitación y existencia con otros derechos fundamentales; por el otro, la de preservar el orden público condición sine qua non para el pleno ejercicio de los derechos constitucionales".

Luego, partiendo de la base de la premisa de la flexibilidad que impuso la nueva Carta al trámite legislativo, el interviniente analiza los cargos puramente formales así:

1. **Pretermisión de los términos de ocho y quince días exigidos por el artículo 160 C.P..** El ciudadano Villegas Ramírez considera que "si bien el artículo 160 de la Carta se refiere al trámite ordinario de los proyectos de ley, en este caso en particular, debe observarse el artículo 163 de la misma", dado que "si tuviese que darse cumplimiento a los plazos de 8 y 15 días establecidos en el inciso 1 del artículo 160 de la Carta, resultaría materialmente imposible dar trámite, es decir, someter a discusión y aprobación, en sólo 7 días el correspondiente proyecto de ley. Adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 1993, sostuvo que el término de 15 días que debe mediar entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la

iniciación del debate en la otra, no se aplica en el evento de que el primer debate se haya surtido en sesiones conjuntas de las comisiones constitucionales permanentes respectivas, pues en tal caso, las dos cámaras comienzan a conocer en forma simultánea del proyecto en cuestión ... por todo lo anterior, se concluye que no existió vulneración del artículo 160 de la Constitución. Una interpretación contraria haría inocuo el procedimiento especial ordenado por el artículo 163 de la Carta".

2. **Discrepancias entre ponentes y conciliadores.** El actor formula un cargo a la Ley 104/93 consistente en que la falta de la firma de uno de los coponentes tornan inexistente la ponencia y por tanto, su publicación resulta nula, violándose el artículo 157-1 C.P.. Al respecto, el ciudadano Villegas Ramírez encuentra que "debe señalarse como primera medida que, el artículo 157-1 de la CP no es aplicable a la publicación de las ponencias, pues como se deduce claramente de la disposición señalada, el requisito se predica únicamente de la publicación del proyecto de ley antes de que el Congreso asuma su trámite en primer debate. No existiendo vulneración de norma constitucional alguna, cabría analizar si existe, según el cargo del demandante, transgresión de la Ley 5a. de 1992 o Reglamento del Congreso. En dicha Ley se encuentran tres disposiciones que regulan la materia: el artículo 156 ordena en la Gaceta del Congreso el informe de ponencia para primer debate de todo proyecto de ley; el artículo 157 señala que la iniciación del primer debate no tendrá lugar antes de la publicación del informe respectivo; y, el artículo 185 que ordena seguir en segundo debate, en lo que fuere compatible, el mismo procedimiento establecido para el primero. Según consta en la Gaceta del Congreso No. 421 del 30 de noviembre de 1993, la ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 40/93, en el senado de la República fue publicada oportunamente. Para rebatir el cargo del actor, también resulta conveniente aclarar lo que realmente sucedió en relación con el informe de ponencia para segundo debate en el Senado de la República".

Continúa el interviniente afirmando que "(I) los ponentes para segundo debate en el Senado de la República fueron los senadores Luis Guillermo Giraldo Hurtado y Hugo Castro Borja; (II) la ponencia para segundo debate en el senado fue publicada sin la firma del coponente Hugo Castro Borja; (III) el Senador Hugo Castro Borja no firmó porque su única objeción consistía en la inclusión de los artículos 62 a 65 en el proyecto; y, (IV) una vez el ponente Luis Guillermo Giraldo manifestó su conformidad con el retiro de tales artículos, el Senador Castro Borja procedió a firmar la ponencia, tal como consta en el correspondiente expediente legislativo de la ley. Sin embargo, en relación con la no firma del coponente, Senador Hugo Castro Borja, al momento de la publicación, no es dable afirmar que por tal motivo el informe de ponencia es inexistente, puesto que ninguna de las disposiciones constitucionales o legales exige unanimidad de criterio, para el evento en que la presidencia de la respectiva cámara haya designado más de un ponente".

Por otro lado, en relación con la ausencia de firma del informe de conciliación por unos senadores, el ciudadano Fabio Villegas Ramírez expone que "los dos artículos objeto de controversia nunca fueron negados en las sesiones conjuntas de las comisiones primeras de Senado y Cámara; ni siquiera fueron sometidos a cámaras donde los artículos nuevos se discutieron , a consecuencia de lo cual, como consta en las actas correspondientes a dichas sesiones, el Senado de la República los negó, mientras que la Cámara de Representantes los aprobó. A consecuencia de esta discrepancia entre las dos cámaras se integraron sendas comisiones accidentales, previstas en el artículo 161 de la CP, con el objeto de tratar de salvar las diferencias. Tal como aparece en el expediente legislativo el informe constó de dos partes: en la primera parte de ellas se señalaban los artículos sobre los cuales los conciliadores habían llegado a acuerdo; en la segunda parte, se informaba que no había unanimidad de criterio en relación con los dos artículos nuevos, en la medida en que los senadores, salvo el ponente coordinador, Luis Guillermo Giraldo, insistieron en rechazarlos, y los Representantes se ratificaron en su inclusión en el proyecto, en concordancia con la decisión adoptada por la plenaria de la Cámara. De otra parte, el hecho de que los senadores que no estuvieron de acuerdo con la inclusión de los dos artículos nuevos no hayan suscrito el informe de conciliación, tampoco conduce a la inexistencia del mismo, máxime cuando fue firmado y presentado por el ponente coordinador y suscrito por todos los Representantes que integraron la comisión accidental de la Cámara. Aceptar la tesis contraria, se reitera, equivaldría a permitir que una minoría impusiera su criterio sobre las plenarias y, en el caso concreto de la Ley 104 de 1993, llevaría a desconocer la aprobación que, por mayoría calificada, había dado el Senado al articulado propuesto en segundo debate, tal como consta en el acta de la sesión plenaria del día 10 de diciembre de 1993 (Gaceta del Congreso No. 447 p.12)".

Agrega Villegas Ramírez que "el demandante considera que en el trámite de esta Ley debió inaplicarse el artículo 189 de la Ley 5a. de 1992, por ser contrario a la letra del artículo 161 de la Carta. Las normas constitucionales relativas al trámite legislativo nunca deben ser deben interpretarse en el sentido de que su función sea la de entorpecer e impedir la expedición de leyes, pues ello equivaldría a desconocer la primacía de lo sustancial sobre lo procedimental. Es por esto que el legislador dio un sentido más coherente que el del actor sobre el artículo 161 de la CP. Sería absurdo que existiendo consenso sobre lo esencial de un proyecto de ley, los desacuerdos relativos a disposiciones accesorias al mismo, terminaran por frustrar todo el esfuerzo realizado para tramitar y expedir un proyecto de ley. Es este el caso de los dos artículos nuevos presentados por el señor Fiscal General de la Nación en la última sesión de las comisiones conjuntas, correspondiente al 30 de noviembre, que nunca pertenecieron al cuerpo del articulado propuesto originalmente por el Gobiemo y, por lo mismo, no eran de su esencia. Adicionalmen-

te, su contenido material permite concluir que su desaparición del articulado en ningún caso lo desnaturaliza".

Finalmente, el ciudadano Fabio Villegas aclara tres presuntas imprecisiones del actor de la siguiente forma:

1. **El presidente de las comisiones primeras constitucionales cerró el primer debate sin el quórum deliberatorio.** Villegas Ramírez expone que "de conformidad con el acta No. 13 correspondiente a las sesiones conjuntas de las comisiones primeras constitucionales de Senado y Cámara del 30 de noviembre de 1993, constan los siguientes hechos: a. que existió quórum decisorio de acuerdo con el artículo 116-2 de la Ley 5 de 1992, pues se hicieron presentes 13 Senadores (de 19 miembros que conforman la comisión) y 24 Representantes (de 33 miembros), según consta en los folios 1 y 2 del acta; b. que efectivamente el presidente de las sesiones conjuntas, H. Senador Alberto Santofimio Botero, puso a consideración de los miembros el cierre de la discusión, la cual fue aprobada. De estos hechos se deduce, en primer lugar, que el cierre de la discusión no se efectuó el 29 de noviembre de 1993 sino el 30 del mismo mes y año. En segundo lugar, como consta en el Acta, no sólo había quórum deliberativo sino decisorio en los términos del artículo 116-1 y 2 de la Ley 5 de 1992".

2. **Falta de consignación, en la ponencia para segundo debate elaborada por el Senador Luis Guillermo Giraldo, de la totalidad de las propuestas considerados y las razones de su rechazo.** El ciudadano Villegas Ramírez explica que "de conformidad con el acta No. 13, correspondiente a las sesiones conjuntas del 30 de noviembre de 1993, folio 29, los artículos 61 a 66, que integran el capítulo II del proyecto fueron aprobados así:

SENADO:	Afirmativos:	10 votos
	Negativos:	2 votos
CAMARA:	Afirmativos:	14 votos
	Negativos:	6 votos

Es obvio, entonces, que el informe de ponencia para segundo debate no tenía por qué consignar el motivo de rechazo de estos artículos".

3. **Los dos artículos nuevos ya citados fueron rechazados en primer debate por las comisiones conjuntas de Senado y Cámara; aún así, fueron aprobados en sesión plenaria de la Cámara dentro del proyecto de ley, con presunta violación del artículo 180 de la Ley 5a. de 1992.** El interviniente alega que "según consta en el acta No. 13 correspondiente a las sesiones conjuntas del 30 de noviembre de 1993, y como se desprende de las

grabaciones magnetofónicas, el H. senador ponente, Luis Guillermo Giraldo Hurtado, leyó un bloque de artículos nuevos (proposición No. 33), entre los cuales se encontraban las dos disposiciones objeto del cargo del demandante (folios 6 a 9). Tras la protesta de varios miembros de las comisiones por la deficiencia en el sonido y la carencia de copia escrita del texto de los artículos nuevos, en virtud de lo cual se solicitó la suspensión de su discusión (folio 17), el ponente expresó: yo no tengo ningún inconveniente en que se suspenda la discusión de este debate, de estos artículos, y se pase a otros textos, a escuchar otras inquietudes e inclusive a votar si es del caso señor presidente aquellos artículos cuya discusión fue cerrada el jueves, y luego cuando los H. Senadores y H. Representantes de las comisiones primeras tengan fotocopiados los textos (...) (folios 17 y 18). A continuación el presidente de las comisiones conjuntas, Senador Alberto Santofimio Botero, manifestó: como el señor ponente ha aceptado, retirar de la discusión por ahora los artículos nuevos que él mismo presentó y suscribió, continuamos con el resto del proyecto (...). Más adelante, cuando el Representante Guido Echeverri solicitó la inclusión de otro artículo nuevo, el Presidente de las comisiones conjuntas cerró la discusión en los siguientes términos: H. Representante, con los mismos argumentos con que usted cuestionó los artículos nuevos y sorpresivos del Senador Giraldo, yo le diría que igual suerte corren los suyos, por lo tanto, cierro la discusión del proyecto con la excepción de los cinco artículos nuevos, y le ruego a la secretaría dar lectura a los artículos que fueron sometidos de inmediato a votación (folio 24)".

Añade que "posteriormente, en la misma sesión, el H. Senador Bernardo Zuluaga en compañía de los H. Representantes Ramiro Lucio y Héctor Elí Rojas presentaron la siguiente proposición: **no se de trámite a los artículos nuevos** por ser abiertamente violatorios del artículo 158 de la Constitución Nacional; la cual fue aprobada, previa verificación de la votación, solicitada por el H. Senador Bernardo Zuluaga ... finalmente, tras haber sido aprobado el articulado del proyecto con su título, el Senador Ponente, Luis Guillermo Giraldo, dejó constancia: SEÑOR PRESIDENTE, SEÑORES SENADORES Y REPRESENTANTES QUIERO DEJAR CONSTANCIA DE EL HECHO DE QUE NO SE HAYA DADO TRAMITE A LOS ARTICULOS NUEVOS PUBLICADOS HOY, E INSISTO EN ESTA CONSTANCIA, ELLO NO IMPIDE QUE PUEDAN SER CONSIDERADOS POR LA PLENARIA DE CADA UNA DE LAS CAMARAS (folio 43)".

Concluye el ciudadano Fabio Villegas Ramírez que "de los hechos anteriormente expuestos, debe concluirse que los artículos nuevos, propuestos en la sesión del 30 de noviembre de 1993, en ningún momento fueron rechazados durante el primer debate por las comisiones conjuntas, lo que se produjo y, en este sentido debe entenderse la proposición antes transcrita, fue la suspensión o aplazamiento de su trámite, dejando abierta la posibilidad de presentarlos posteriormente ante las plenarias".

En ese orden de ideas, el ciudadano Fabio Villegas Ramírez, Ministro de Gobierno, solicita que se declare la constitucionalidad del texto legal en revisión.

4. Intervención del Ministro de Justicia y del Derecho

El ciudadano Andrés González Díaz, Ministro de Justicia y del Derecho, interviene en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de la Ley 104 de 1993.

El precitado ciudadano manifiesta que el Ministerio que preside, de consuno con el Ministerio de Gobierno, estudiaron los argumentos de la parte actora en el proceso de la referencia. Así mismo, comenta que está de acuerdo con el contenido del memorial presentado por el aludido Ministerio de Gobierno, por lo cual adhiere a todas y cada una de las razones expuestas en el memorial antes citado.

Por lo anterior, el ciudadano Andrés González Díaz, Ministro de Justicia y del Derecho, solicita que se declare la constitucionalidad del texto legal en revisión.

5. Del concepto del Procurador General de la Nación.

La Vista Fiscal solicita a la Corte Constitucional en su concepto de rigor declarar la inexequibilidad de los artículos 17, 94, 95, 98, 99, 100 y 101 de la Ley 104 de 1993, advirtiendo que si la Corporación ya se ha pronunciado dentro del expediente D-525, se esté a lo resuelto allí. Así mismo, solicita la exequibilidad de los demás artículos de la ley demandada en este proceso. Todo lo anterior, con fundamento en los siguientes argumentos:

El Ministerio Público comienza por señalar que los vicios de procedimiento deben ser analizados teniendo en cuenta, de una parte, el sentido de los procedimientos en una democracia constitucional y, de la otra, la orientación general de la Constitución de 1991 en materia de trámite de las leyes. Sobre el primer punto señala la Vista Fiscal:

"Lo específico de la modernidad democrática no está en la comprensión de la democracia como confesión sino como procedimiento. En tal sentido, tanto la modernidad del derecho como la de la democracia, convergen en la "sacralización" del procedimiento.

En lo que atañe a la democracia como procedimiento, valga recordar que el sistema democrático moderno está edificado sobre un cierto escepti-

cismo ético-material, manifiesto entre otras cosas en el valor altamente formal del pluralismo reconocido en la Carta, para el cual resulta fundamental implementar procedimientos de discusión y decisión que constituyan garantías comunicativas en la tramitación de los conflictos en orden y acceder a consensos argumentativos en torno a lo verdadero y a lo justo, y a transacciones equilibradas de intereses.

En este contexto, el principio de mayoría, sustituto inevitable del consenso, puede ser pensado antes que nada, como mecanismo de reducción de complejidad en los procesos de toma de decisión, vale decir, como un mecanismo para posibilitar la toma de decisiones en circunstancias complejas y precarias de información y de tiempo."

De otro lado, sobre la orientación general de la Constitución de 1991, el Ministerio Público considera que ella buscó flexibilizar el trámite de las leyes. Dice entonces el Procurador:

"La cuestión formal, que se entendía de una manera irrestricta en vigencia de la Carta de 1886, si se quiere se ha visto atemperada por las nuevas preceptivas constitucionales, en las cuales algunos sectores identifican la flexibilización de lo que antes se constituía como rigorismo jurídico, a partir de los mandatos superiores donde se reconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y para el trámite específico de las leyes, la atribución a la Corte de la competencia para ordenar la corrección de aquellos actos donde se evidencian vicios de procedimiento subsanables."

A partir de esas consideraciones generales, el Procurador entra a analizar las impugnaciones específicas del actor. Así, sobre la falta de publicación del proyecto, señala la Vista Fiscal que el actor centra su ataque en este punto "en que la falta de firmas de uno de los coponentes torna inexistente la ponencia para segundo debate en el Senado, siendo en consecuencia su publicación nula por incumplimiento del artículo 157-1 superior, cabe señalar que el mandato constitucional en cita se refiere a la publicación del proyecto de ley antes de que el Congreso asuma su trámite en primer debate, lo que se percibe de la simple lectura del texto invocado, siendo evidente que la carencia no constituye una exigencia de tipo constitucional que genere la inexequibilidad del acto por infracción del mandato superior, que de paso, nada dice al respecto. No obstante, también se cumplieron durante el curso de la Ley 104 de 1993 las previsiones de la Ley 5a. de 1992, en especial las contenidas en los artículos 156, 157 y 185 que recuerdan, las dos primeras la orden de publicación del informe ponencia para primer debate y el último que prescribe: en la discusión y aprobación de un proyecto en segundo debate se seguirá, en lo que fuere compatible el mismo procedimiento establecido para el primer debate, exigencia que se acreditó con la publicación en la Gaceta del Congreso No. 421 de noviembre 30 de 1993".

Respecto de la comisión accidental de conciliación, la Vista Fiscal explica que "de acuerdo al artículo 161 de la Constitución, para que pueda integrarse la comisión accidental mixta allí regulada, es menester que entre los proyectos aprobados de cada una de las cámaras legislativas existan discrepancias o lo que es lo mismo, desacuerdo entre uno o varios de los artículos que lo integran. La Corte Constitucional, en sentencia C-167 de 1993, entendió que las discrepancias a las que alude el citado mandato superior deben producirse necesariamente durante el segundo debate, pues la voluntad del constituyente fue la de permitir que se zanjaran las diferencias que pudieran surgir en las plenarias de cada cámara, lo que quiere decir frente a la causa que nos ocupa, que el texto de la Ley 104, no estaba llamado a sufrir modificación alguna puesto que sobre el articulado motivo de conciliación hubo acuerdo, no así respecto de los dos artículos nuevos, sobre los cuales existía resistencia para su incorporación, los que finalmente no fueron incluidos en el texto definitivo, de conformidad con el debate que se dio en la plenaria del Senado. En todo caso, en el evento en que los dos artículos nuevos hubieren sido incluidos, sólo estos dos serían inconstitucionales y no el resto del articulado".

El Procurador General en lo que atañe a los plazos del artículo 160 de la Constitución entiende que "los datos cronológicos que se consignan en esta revisión, permiten comprobar que en el trámite de la Ley 104 de 1993, tal como lo afirma el demandante, no se observaron los términos que prescribe el inciso primero del artículo 160 constitucional". Agrega, citando un aparte de la sentencia No. C-025/93 de la Corporación, que "producido el mensaje de urgencia en el trámite de la Ley 104 de 1993, se hacía innecesario el cumplimiento del término de 15 días, que debe mediar para el curso ordinario de una Ley, entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra. Sin embargo, la agilidad que se imprime con el mensaje de urgencia, no obsta para que se incumpla con el lapso de 8 días que debe transcurrir entre el primero y el segundo debate. Así las cosas, dicho período no fue observado, en el tránsito del proyecto de la sesión conjunta de las comisiones primeras constitucionales a la plenaria del Senado. En efecto verificada y cerrada la primera el día 30 de noviembre de 1993, se inició el segundo debate el día 2 de diciembre, aprobándose finalmente el día 6 del mismo mes y año. Ahora bien, la irregularidad advertida, a términos de la jurisprudencia constitucional (v. sentencia C-607 de diciembre 14 de 1992), es de aquellas que pueden ser subsanadas de conformidad con las previsiones del parágrafo del artículo 241 superior, por ello la petición correspondiente del Despacho a esa H. Corporación, se dirigirá a solicitar la impulsión del trámite constitucional respectivo".

Así mismo, en relación con la presunta falta de quórum decisorio en el primer debate, el Procurador General estima "de conformidad con el acta No. 13, correspondiente a las sesiones conjuntas de las comisiones primera de

Senado y Cámara, que informa sobre la existencia de quórum decisorio en la del día 30 de noviembre de 1993, se desvirtúa la afirmación del libelista, según la cual con su inobservancia se habrían infringido los mandatos del artículo 146 constitucional".

Luego, el Ministerio Público aborda el tema de la naturaleza estatutaria de algunas regulaciones de la Ley 104 de 1993 expresando que "el debate que se abra al respecto, debe tener como referencia la posición adoptada por esa Corporación, cuya reiteración permite hablar de una jurisprudencia consolidada en la materia y que en punto a la regulación de la libertad personal, como derecho fundamental -en la cual pudieran resumirse las tensiones entre la facultad punitiva del Estado, realzada en coyunturas de excepción y los derechos fundamentales reconocidos en la Carta- ha destacado". Agrega que "el ámbito de acción que se describe para el Estado en la Ley 104 de 1993, y cuyos propósitos están enderezados a términos de su artículo 1º a asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución, corresponde, como destaca el pronunciamiento del Alto Tribunal, al desarrollo de competencias reconocidas en la misma Constitución, y en la medida, en que sus preceptivas no menoscaben el núcleo esencial de los derechos fundamentales, ni alteren la distribución de competencias establecidas en la misma Constitución se reputan conforme a los mandatos superiores".

Por último, la Vista Fiscal sostiene que "respecto de la acusación formulada contra los artículos 94 a 107, identifica este Despacho, tal como lo manifestó en concepto No. 435 de junio 9 de 1994, dentro del expediente D-525, donde analizó algunas disposiciones de la Ley 104, que los artículos 94, 95, 97, 98, 99, 100 y 101, a los que agrega ahora, las preceptivas del artículo 17 de ese ordenamiento, son contrarios a la Constitución, toda vez, que al regular una suerte de censura, interfieren en el contenido esencial del derecho a la información, en la lógica de derecho-libertad con que la Carta lo reconoce".

En ese orden de ideas, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad de los artículos 17, 94, 95, 98, 99, 100 y 101 de la Ley 104 de 1993, advirtiendo que si la Corporación ya se ha pronunciado dentro del expediente D-525, se esté a lo resuelto allí. Así mismo, solicita la exequibilidad de los demás artículos de la Ley 104 de 1993.

6. Actividad probatoria

El Magistrado Ponente, mediante auto de 11 de abril de 1994, solicitó al Presidente del Congreso de la República el expediente de la Ley 104 de 1993 y, en general, cualquier otro documento relacionado con el trámite de la Ley

104 de 1993. El Secretario del Senado, Dr. Pedro Pumarejo, cumplió el decreto de pruebas. Así mismo, se decretó en el mentado auto y en la providencia del 27 de abril del año en curso, las declaraciones de los Senadores Humberto Pelaez Gutiérrez, Hugo Castro Borja y Luis Guillermo Giraldo; y los Representantes Mario Uribe Escobar y Jorge Elíseo Cabrera. Los anteriores, en su calidad de coponentes y miembros de la comisión de conciliación del proyecto de ley que originó la Ley acusada.

A continuación se extractan los apartes mas importantes de las declaraciones de los congresistas antecitados, con excepción del Representante Mario Uribe Escobar, el cual nó concurrió a la citación.

a. Senador Humberto Pelaez Gutiérrez.

PREGUNTADO. ¿ Cuál fue el resultado de la labor de la Comisión?. CONTESTO. La Comisión marchó de acuerdo en esos ajustes que yo considero irregulares en diferentes artículos, pero cuando llegó al punto de los dos artículos nuevos introducidos y aprobados en la Cámara y no propuestos ni aprobados en el Senado, hubo el rechazo total, primero de parte de los comisionados del Senado con excepción del ponente Luis Guillermo Giraldo Hurtado y luego con aceptación, de la no inclusión de los dos artículos, de parte de los Comisionados de Cámara, quienes se solidarizaron con el Senado. Hubo una fuerte presión de los Ministros de Gobierno y de Justicia presentes y del Señor Fiscal para que se aceptara incluir estos dos artículos nuevos; incluso fue el Gobierno ahí representado quienes con sus asistentes ahí presentes, elaboraron el proyecto de acta de Conciliación. Dicho proyecto no fue firmado, a excepción del ponente, por ninguno de los otros comisionados del Senado. Los Ministros ahí presentes consiguieron que algunos representantes de la Cámara les firmaran; no me consta pero al hablar con ellos posteriormente deduzco que no hubo mayoría tampoco en la Cámara de Representantes pero así se llevó a la Plenaria de dicha Cámara de Representantes donde fue aprobado en Debate final con la inclusión de los dos artículos nuevos. En el Senado no sucedió lo mismo por cuanto se alegó y así consta en acta que no había informe de la Comisión porque de los ocho Comisionados solo firmaba uno y me permití dejar la constancia de que al no haber un texto para ser sometido a decisión final del Senado no podía darse el debate y que, en consecuencia, persistiendo las discrepancias con la Cámara de Representantes, al tenor del mismo artículo 161 de la C.P. de Colombia, debería considerarse negado el Proyecto. PREGUNTADO. Según la Demanda D-549, el 16 de Diciembre de 1993, al respecto usted manifestó: "Señor Presidente, HS. como algunos pocos lo han podido oír, porque realmente no ha habido la atención suficiente, para la lectura que dio el Senador LUIS GUILLERMO GIRALDO, se está sometiendo a consideración del Senado de la República un supuesto informe porque este no ha sido firmado por la mayoría de los

miembros que somos, sólo lo firmó el Senador LUIS GUILLERMO GIRALDO, mal puede entonces, señor presidente, ponerse en consideración algo que no es informe porque jamás uno hace mayorías sobre 7". ¿Es cierto lo anterior?. CONTESTO. Es cierto lo anterior corresponde en un todo a lo que afirmé en esa sesión en el recinto del Senado. PREGUNTADO. Entonces, de parte del Senado, el acta sólo fue firmada por el Senador Luis Guillermo Giraldo?. CONTESTO. Así es, únicamente él la firmó y en el mismo informe recuerdo que él lo reconoce; debo agregar que a pesar de la presión ejercida por los Ministros de curul en curul, ninguno de los otros Comisionados quisimos firmar dicha acta. Por cuanto recuerdo que nos decía el Ministro de Gobierno que firmáramos el acta para que se hiciera el debate y que si finalmente el Senado no quería dar su aprobación, no se incluirían esos dos artículos nuevos. PREGUNTADO. ¿Quiere agregar algo más sobre la precitada Comisión de Conciliación o sobre otros aspectos del trámite de Ley 104/93 que usted considere pertinentes?. CONTESTO. Si, también deje constancias sobre que el proyecto en su trámite estaba viciado de inconstitucionalidad por dos otras especiales razones: una, la ponencia presentada por Luis Guillermo Giraldo sólo fue firmada por él y no por los otros ponentes que lo eran en el Senado Hugo Castro Borja más los de la Cámara, ya que recuérdese que habiéndose dado debate conjunto en Comisiones primeras de Senado y Cámara para este Proyecto, la ponencia para segundo debate igualmente se hace en conjunto y se debate sobre la misma en Senado y Cámara; además dicha ponencia, lo denuncié, es la más pobre que conocí en argumentos, para un asunto de tanta trascendencia, en mis veinte años de Senador; violó, a mi juicio, el inciso tercero del artículo 160 de la C.P. de Colombia que manda que el ponente debe consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo; igualmente viola el artículo 175 de la Ley 5º de 1992; la sola lectura de la ponencia constituye la prueba de mi aseveración. Además considero que en el trámite de este proyecto se violó el inciso primero del artículo 160 de la C.P. que ordena que entre el primero y segundo debate deberá mediar un lapso de ocho días; así lo hice constar.

b. Senador Hugo Castro Borja.

PREGUNTADO. ¿ Cuál fue el resultado de la labor de la Comisión?. CONTESTO. En la Comisión no hubo acuerdo para mi modo de ver, porque en lo referente al Senado, de ocho comisionados en la conciliación sólo firmó el acta uno, por tanto no se puede llevar a una plenaria un acta de conciliación donde no se concilió. El Senador que firmó fue Luis Guillermo Giraldo. PREGUNTADO. ¿Quiere agregar algo más sobre la precitada Comisión de Conciliación, sobre la ponencia o sobre otros aspectos del trámite de Ley 104/93 que usted considere pertinentes?. CONTESTO. He sido, hasta donde he podido, claro en reconstruir los hechos del mes de diciembre de 1993 y quiero destacar nuevamente que esta Ley 104 del 93 fue

aprobada en su cuerpo original, para mí, reuniendo los requisitos que la Constitución y la Ley obligan y que los dos artículos nuevos y el contenido del acta de conciliación no fueron aprobados porque no tuvieron los debates ni los suficientes votos para a hacerlo.

c. Senador Luis Guillermo Giraldo.

PREGUNTADO. ¿Cuál fue el resultado de la labor de la Comisión?. CONTESTO. Los Representantes a la Cámara aceptaron los dos artículos, en el Senado el único que firmó el informe fui yo. PREGUNTADO. ¿Actúo usted como ponente del citado proyecto?. CONTESTO. Sí, remplacé al Doctor Darío Londoño. PREGUNTADO. ¿Quiere agregar algo más sobre la precitada Comisión de Conciliación, sobre la ponencia o sobre otros aspectos del trámite de Ley 104/93 que usted considere pertinentes?. CONTESTO. El demandante habla de dos artículos que no están dentro de la Ley. Se pensaría que la demanda cabría si los dos artículos hubiesen sido incorporados al texto. De otro lado, el Reglamento del Congreso permite que haya informes de mayoría y minoría y en el caso de las Comisiones de conciliación ellas son accidentales y se desarrollan con cierta informalidad y en realidad la competencia final para decidir corresponde a las plenarias.

d. Representante Jorge Elíseo Cabrera.

PREGUNTADO. Sírvase decir si usted participó en la Comisión de Conciliación creada para organizar los textos aprobados en segundo debate en Cámara y Senado del proyecto de Ley Nos. 172/93 (Cámara) y 40/93 (Senado), aprobado como la Ley 104 de 1993. CONTESTO. Yo recuerdo claramente, que fui ponente de dicha ley, la cual inicialmente se estaba tramitando en la Comisión Primera del Senado de la República, pero posteriormente mediante el mensaje de urgencia de la Presidencia de la República fue tramitado conjuntamente por las comisiones Primeras de Senado y Cámara. Inicialmente también se estaba tramitando en esta Ley una Reforma al Código de Procedimiento Penal, pero que posteriormente fue tramitada aparte como en efecto sucedió. No recuerdo exactamente si hubo conciliación en el tramite de la Ley 104 pero basta mirar la historia de la Ley, pues si hubo conciliación deben aparecer las actas respectivas. PREGUNTADO. ¿Quiere agregar algo más sobre la precitada Comisión de Conciliación, sobre la ponencia o sobre otros aspectos del trámite de Ley 104/93 que usted considere pertinentes?. CONTESTO. Esta Ley, fue tramitada en plena armonía y entendimiento, con los Ministros de Gobierno, Justicia y el Fiscal General de Nación y lamentablemente fue asesinado el Dr. Darío Londoño, ponente en el Senado de la República, de quien quiero hacer mención por sus grandes capacidades de jurista y de parlamentario, pero deseo agregar que no hubo ninguna presión ni amenaza alguna en el trámite de esta ley en cuanto a mí se respecta.

7. Corrección de un vicio de forma subsanable.

La Corte constató que en el trámite en el Senado no se había respetado el lapso de ocho días que debe transcurrir entre el primero y el segundo debate, razón por la cual, el seis de diciembre ordenó al Congreso corregir tal vicio, por medio de un auto de Sala Plena, cuyos apartes pertinentes a continuación se transcriben:

"La Corte Constitucional (...)

CONSIDERANDO

(...)

5. Que el 6 de octubre de 1993 se dispuso dar trámite de urgencia al proyecto de Ley 40/93 del Senado y 172/93 de la Cámara "por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones", teniendo en cuenta el mensaje en tal sentido enviado por el Presidente de la República, por lo cual el proyecto se tramitó en sesiones conjuntas de las Comisiones Primeras de ambas Cámaras.

6. Que por consiguiente el proyecto de Ley 40/93 del Senado y 172/93 de la Cámara fue discutido en primer debate en sesiones conjuntas de ambas cámaras, llevadas a cabo el 25 y el 30 de noviembre de 1993 y fue aprobado en tales fechas, y se aprobó en segundo debate en la plenaria del Senado de la República el día seis (6) de diciembre del mismo año, según obra en el proceso.

7. Que el artículo 160 de la Constitución establece lo siguiente en su inciso primero:

"Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días" (negrillas no originales).

8. Que "mediar" es, según el Diccionario de Real Academia de la Lengua Española "existir o estar una cosa en medio de otras".

9. Que los días a que hace alusión el artículo 160 de la Carta son días calendarios, pues las sesiones del Congreso todos los días son hábiles. Así lo establece el artículo 83 del Reglamento del Congreso de la República, Ley 5a. de 1992, cuando anota que "todos los días de la semana... son hábiles para las reuniones de las Cámaras Legislativas y sus Comisiones..." Y así lo ha establecido esta Corporación en anteriores decisiones[1]

---

1. Cf Corte Constitucional. Sentencia C-607/92.

10. Que entre los días treinta (30) de noviembre y seis (6) de diciembre "median" cinco (5) días calendario, a saber: los días 1º, 2º, 3º, 4º y 5º.

11. Que en consecuencia en el trámite en el Senado faltaron tres días para que el entonces proyecto de ley fuese debidamente tramitado.

12. Que si bien esta Corporación ha establecido que cuando se da la deliberación conjunta de las respectivas Comisiones permanentes de las dos Cámaras para dar primer debate a un proyecto, como consecuencia del mensaje de urgencia del Presidente de la República (CP art. 163), es innecesario el cumplimiento de los quince días que deben mediar entre la aprobación del proyecto en una cámara y su iniciación en la otra cámara, esto no obsta para que deba respetarse el lapso no inferior a ocho días que debe mediar entre el primero y segundo debate en cada cámara. En efecto, en sentencia C-025/94 esta Corporación señaló que "en el trámite de urgencia, si la iniciativa - sin exceptuar los proyectos de ley relativos a los tributos - se aprueba conjuntamente por las Comisiones respectivas en primer debate, lo que sigue es el segundo debate en cada una de las Cámaras, siempre que medie un lapso no inferior a ocho días". Tal criterio jurisprudencial fue reiterado en reciente decisión[2]

13. Que para conciliar los textos aprobados en segundo debate por Senado y Cámara, se integró una Comisión Conciliadora en los términos del artículo 161 de la Constitución Política. Así, el 16 de diciembre de 1993 la Cámara de Representantes reitera su aprobación al Proyecto de Ley, con los dos artículos propuestos por el Fiscal General de la Nación, materia de controversia en la conciliación. Igualmente, en la Gaceta 466 de 1993, se publica el Acta Nº 45 de la sesión plenaria llevada a cabo en el Senado, también el 16 de diciembre de 1993, en donde se aprobó el Acta de Conciliación, con quórum decisorio reglamentario de 85 Senadores y sin los artículos materia de conflicto, por no haber alcanzado la votación requerida.

14. Que esta Corporación considera que la aprobación por parte de las plenarias de cada cámara del acta de conciliación no subsana el vicio de formación del proyecto, a pesar de que dicha acta contiene el texto general del proyecto de ley. En efecto, conforme el artículo 161 de la Carta, la finalidad de las comisiones accidentales de conciliación es la de eliminar las discrepancias que surjan del texto aprobado en cada cámara, por lo cual tales comisiones no pueden ser utilizadas para pretermitir el lapso no inferior a ocho días que debe mediar entre el primero y segundo debate en cada cámara, según lo ordena el artículo 160 de la Carta.

---

2. Cf Corte Constitucional. Sentencia C-519/94. MP: Dr. Vladmiro Naranjo Mesa.

15. Que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, este vicio es de forma y es subsanable, por lo cual se remitirá la norma al autor de la misma para que enmiende el defecto observado, en los plazos señalados en la parte resolutiva de este Auto y en forma prioritaria a cualquier otro punto que se encuentre a su consideración.

16. Que mientras se realiza tal trámite, la Ley 104. de 1993 continúa vigente y surte plenos efectos, con fundamento en la presunción de constitucionalidad de que está investida.

(...)

19. Que de conformidad con las normas constitucionales y legales citadas, esta Corte ordenará al Congreso de la República, y en particular a la plenaria del Senado de la República presentar ponencia y dar último debate al proyecto de Ley 40/93 del Senado y 172/93 de la Cámara "por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones"

20. Que al tratarse de un vicio en la formación de una ley, será necesario igualmente que, una vez haya sido aprobado en la plenaria del Senado de la República el proyecto de ley mencionado, el señor presidente de la República imparta la sanción correspondiente a la ley "por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones"

21. Que no es posible que dentro de este trámite se modifique el texto de la Ley 104 de 1993.

RESUELVE

Primero: Declarar que existe un vicio de procedimiento en el proceso de expedición de la Ley 104 de 1993 y que el mismo es subsanable en los términos del parágrafo del artículo 241 de la Constitución.

Segundo: Devolver en consecuencia la Ley 104 de 1993 a la Secretaría del Senado de la República para que se corrija el vicio de procedimiento señalado por la Corte del proyecto de Ley 40/93 del Senado y 172/93 de la Cámara "por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones". Por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 241 constitucional y en el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991, y de acuerdo con las razones expuestas en esta providencia, el Congreso de la República, y en particular el Senado de la República, dará último debate al proyecto textual de Ley 40/93 del Senado y 172/93 de la Cámara "por la cual se consagran

unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones".

Tercero. De conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 241 constitucional y en el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991, y de acuerdo con las razones expuestas en esta providencia, DISPONER que, una vez la plenaria del Senado de la República haya dado cumplimiento a lo dispuesto en el numeral segundo de esta providencia, pase el proyecto al señor presidente de la República para que imparta la sanción correspondiente a la ley" por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones".

Cuarto.- SEÑALAR a la plenaria del Senado de la República y al señor presidente de la República que, en virtud de lo previsto en el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991, cuentan con el término conjunto de diez (10) días para dar cumplimiento a lo dispuesto en los numerales segundo y tercero de esta providencia. Dicho término se contará a partir del día siguiente a aquel en que la Presidencia del Senado de la República haya recibido copia de esta providencia.

Quinto.- ADVERTIR a la plenaria del Senado de la República y al señor presidente de la República que, en virtud de lo previsto en el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991, el incumplimiento del término establecido en el numeral cuarto de esta providencia, obliga a la Corte Constitucional a pronunciarse en forma definitiva respecto de la constitucionalidad de la Ley 104 de 1993 "por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones".

Sexto: El trámite previsto en este Auto tendrá preferencia en el orden del día a cualquier otro tema que se encuentre a la consideración del Senado de la República.

Séptimo: Una vez surtido el trámite anterior en el Senado de la República y sancionado el proyecto por parte del Presidente de la República, se debe remitir nuevamente el texto de la Ley a la Corte Constitucional, para la continuación del trámite de rigor.

Octavo: Mientras se surte el trámite previsto en este Auto, la Ley 104 de 1993 continúa rigiendo con la plenitud de sus efectos y se suspenden los términos de este proceso".

El once de enero de 1995, la Corte Constitucional recibió de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República la copia autenticada de la Ley 104 de 1993, debidamente sancionada por los Ministros correspondientes. Al sancionar nuevamente la ley, el Gobierno hizo dos precisiones. De un lado,

indicó que se había aprobado en su integridad la ley, a pesar de que varios artículos habían sido declarados inexequibles por sentencias precedentes de la Corte. Según el Gobierno ello se hacía "atendiendo a la lógica de la intangibilidad del texto inicial ordenada por la Corte en su auto", pero que debía entenderse que tales normas habían sido retiradas del ordenamiento jurídico por la declaratoria de inexequibilidad. De otro lado, el Gobierno precisó lo siguiente:

"*Atendiendo así mismo la necesidad de mantener el espíritu inicial del legislador expresado en el artículo 134 de la Ley 104 de 1993, en el sentido de tener ésta "una vigencia de dos (2) años, a partir de su promulgación", realizada el 30 de diciembre de 1993 y, acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional expresada en la Sentencia No C-607 de 1992, que declaró exequible por vicios de forma subsanados la ley 1a de 1992, conservando su numeración y fecha de promulgación iniciales, se sanciona aquí la Ley 104 del 30 de diciembre de 1993, conservando por tanto su numeración y fecha iniciales*".

El Magistrado Ponente constató que no había sido remitido a la Corte la constancia del Secretario General del Senado de que la ley 104 había surtido debidamente el debate en la plenaria, por lo cual solicitó, mediante auto del 17 de enero, al Secretario General del Senado de la República remitir dicha certificación, la cual fue debidamente recibida por la Corporación y remitida al despacho del Magistrao Ponente el 26 de enero, momento a partir del cual se reanudó el trámite control.

Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. FUNDAMENTO JURIDICO

1. Competencia

Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de la Ley 104 de 1993, ya que se trata de la demanda de un ciudadano contra una norma legal.

2. Asunto previo: cosa juzgada en algunos apartes de la ley

Varios artículos de la Ley acusada ya habían sido examinados por la Corte en decisiones precedentes. Así, los artículos 94, 96 y 97 fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia

No. C-425 del 29 de septiembre de 1994, en la cual la Corte declaró inexequibles las disposiciones en comento. Igualmente, en la sentencia No. C-428 del 29 de septiembre de 1994, la Corporación resolvió declarar exequibles los artículos 128 (parcial), 129 (parcial), 130 y 133 de la Ley 104 de 1993. Finalmente, en la sentencia No. C-562/94, la Corte declaro inexequible el artículo 95 de la mencionada Ley.

En ese orden de ideas, en este proceso nos encontramos en presencia de una demanda contra normas que ya han sido estudiadas por la Corte Constitucional, presentándose la figura de la cosa juzgada constitucional, tal como la estatuye el artículo 243 de la Carta, de suerte que con respecto ellas se estará a lo resuelto en las sentencias precitadas.

3- Los asuntos bajo revisión y las limitaciones del examen de la Corte

El actor acusa de manera general la Ley 104 de 1993, tanto por vicios específicos de procedimiento como por razones de competencia, esto último por cuanto considera que la materia de ley era propia de una ley estatutaria y no de una ley ordinaria. Ahora bien, esta Corporación ha señalado, en repetidas ocasiones[3] , que cuando existe un ataque general contra una ley, pero no ataques individualizados contra todos los artículos de la misma, la vía procedente es limitar el examen de la Corte a esos cargos, pues no corresponde a esta Corporación efectuar una revisión oficiosa de las leyes ordinarias, sino un control de aquellas normas que han sido expresamente demandadas por un ciudadano. Y presentar en debida forma una demanda implica no sólo transcribir la norma legal acusada sino también que el actor formule las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, por lo cual debe considerarse que cuando hay acusaciones genéricas contra una ley pero no específicas contra los artículos que la integran, lo razonable es que esta Corporación restrinja su examen a los cargos generales contra le ley, pero sin realizar un examen material de todos los artículos de la misma frente a toda la Constitución.

En este caso, el actor ha presentado argumentos globales contra la Ley 104 de 1993 -por lo cual era legítimo admitir la demanda contra toda la ley- pero no expresó cargos específicos contra los artículos que la integran, por lo cual esta Corporación limitará su examen a esas acusaciones generales y, como es obvio, procederá a limitar el alcance de la cosa juzgada constitucional, en caso de que ninguna acusación global prospere. Por tales razones, la Corte procederá a estudiar de manera específica los cargos de procedimiento

3. Ver, por ejemplo, entre otras, Sentencia C-527/94.

formulados por el actor para posteriormente examinar el tema relacionado con la naturaleza estatutaria de la temática contenida en la ley acusada.

4- La corrección del vicio formal subsanable relacionado con el artículo 160 de la Carta

Como se señaló en los antecedentes de esta sentencia, la Corte constató que en el trámite en el Senado no se había respetado el lapso de ocho días que debe transcurrir entre el primero y el segundo debate. Por ello declaró que existía un vicio de procedimiento en el proceso de expedición de la Ley 104 de 1993, pero que el mismo era subsanable. Y, efectivamente, el Congreso de la República subsanó tal vicio, puesto que, conforme la certificación del Secretario General del Senado de la República, el martes 13 de diciembre de 1994 se aprobó la ley bajo revisión, con un quórum decisorio y aprobatorio de 99 Senadores, según consta en el Acta No.028 de la sesión ordinaria de tal día. Posteriormente, la ley fue debidamente sancionada, por los Ministros correspondientes, tal y como consta en la copia autenticada remitida a esta Corporación por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Todo esto muestra que el vicio fue debidamente corregido, por lo cual, por este aspecto la ley es exequible.

La Corte reitera entonces en esta sentencia su jurisprudencia en relación con los términos señalados por el artículo 160 superior, en los siguientes tres aspectos: de un lado, que se trata de vicios subsanables; de otro lado, que cuando se da la deliberación conjunta de las respectivas Comisiones permanentes de las dos Cámaras para dar primer debate a un proyecto, como consecuencia del mensaje de urgencia del Presidente de la República (CP art. 163), es innecesario el cumplimiento de los quince días que deben mediar entre la aprobación del proyecto en una cámara y su iniciación en la otra cámara, puesto que el primer debate es adelantado de manera conjunta por ambas Cámaras. Y, finalmente, que incluso en estos casos debe respetarse el lapso no inferior a ocho días que debe mediar entre el primero y segundo debate en cada cámara. En efecto, en sentencia C-025/94 esta Corporación señaló que "en el trámite de urgencia, si la iniciativa - sin exceptuar los proyectos de ley relativos a los tributos - se aprueba conjuntamente por las Comisiones respectivas en primer debate, lo que sigue es el segundo debate en cada una de las Cámaras, siempre que medie un lapso no inferior a ocho días". Tal criterio jurisprudencial fue reiterado en reciente decisión[4]

4. Cf Corte Constitucional. Sentencia C-519/94. MP. Dr: Vladmiro Naranjo Mesa.

5- La corrección del vicio no afecta el término de vigencia de la ley ni las declaratorias previas de inexequibilidad de algunos de sus artículos

La corrección del anterior vicio de procedimiento podría plantear dos dificultades que la Corte entra a clarificar.

De un lado, por expresa disposición del Legislador, la Ley 104 de 1993 es temporal. En efecto, el artículo 134 de la Ley señala que ésta tiene "una vigencia de dos (2) años, a partir de su promulgación". Un interrogante surge: ¿Cuál es la fecha de promulgación de la ley? ¿El 30 de diciembre de 1993, fecha inicial de promulgación, o el 23 de diciembre de 1994, fecha en que fue nuevamente sancionada, luego de la corrección del vicio de forma? Para la Corte es indudable que la fecha de promulgación sigue siendo el 30 de diciembre de 1993, puesto que la ley no perdió nunca su vigencia. En efecto, mientras se realizó la corrección del vicio de forma subsanable, la Ley 104. de 1993 continuó surtiendo plenos efectos, con fundamento en la presunción de constitucionalidad de que está investida. Por consiguiente, para la Corte es evidente que la Ley 104 de 1993 seguirá rigiendo únicamente hasta el 30 de diciembre de 1995. En ese sentido coincide la Corte con el criterio expresado por el Gobierno cuando decidió conservar la numeración y fecha de promulgación iniciales de la Ley 104 del 30 de diciembre de 1993 a fin de atender la voluntad del legislador de conferir una vigencia de dos años a la mencionada ley.

De otro lado, la nueva aprobación y sanción de la ley en su integridad no revive -como bien lo observa el Gobierno- los artículos de la misma que ya habían sido declarados inexequibles por sentencias precedentes de la Corte. Tales artículos se encuentran fuera del ordenamiento jurídico, por efecto de las sentencias mencionadas , por lo cual la Corte en esta sentencia no los examinará sino que se estará a lo resuelto en las decisiones precedentes.

6- Comisión accidental de conciliación y discrepancias entre las Cámaras.

Según el demandante, durante el trámite de la ley impugnada se violó el artículo 161 de la Carta porque, en sentido estricto, en la comisión accidental no hubo conciliación, y ni siquiera existe acta de la misma, por cuanto siete de los ocho senadores que la integraban decidieron no firmarla. Por consiguiente, según el actor, al no existir conciliación y al persistir las discrepancias entres las dos cámaras, el proyecto debió entenderse negado en su integridad, al tenor del artículo 161 de la Carta que establece que "si después de la repetición del segundo debate persisten las diferencias, se considerará

negado el proyecto". Según el demandante, ello acarrea la negación de todo el proyecto, a pesar de que el artículo 189 del Reglamento del Congreso o Ley 5 de 1992 establezca que "si repetido el segundo debate en las cámaras persistieren las diferencias sobre un proyecto de ley, se considerará negado en los artículos o disposiciones materia de discrepancia, siempre que no fueren fundamentales al sentido de la nueva ley". Según el actor, se debe inaplicar este artículo 189 del Reglamento del Congreso, por cuanto la Constitución es norma de normas, y el artículo legal desborda el sentido del artículo 161 de la Carta.

Entra la Corte a estudiar esta impugnación del demandante, para lo cual comenzará por analizar si realmente procede o no inaplicar el artículo 189 de la Ley 5 de 1992 por su presunta violación del artículo 161 de la Carta.

La Corte constata que en apariencia existe una contradicción entre el tenor literal de estas dos disposiciones, puesto que éstas parecen atribuir consecuencias diversas a la persistencia de las diferencias después del segundo debate en las Cámaras. Así, el artículo constitucional señala que en tal hipótesis "se considerará **negado el proyecto**", mientras que el artículo legal dispone que "se considerará **negado en los artículos o disposiciones materia de discrepancia,** siempre que no fueren fundamentales al sentido de la nueva ley" (subrayas no originales). Esto parece implicar que mientras la norma constitucional establece la improbación de todo el proyecto, el reglamento del Congreso admite que esa negativa puede ser parcial, siempre y cuando los artículos excluidos no sean esenciales al sentido de la ley. El interrogante que se plantea es entonces el siguiente: ¿esa aparente discrepancia de los tenores literales de las dos disposiciones implica la inconstitucionalidad del artículo 189 de la Ley 5 de 1992 o, por el contrario, tal norma puede ser considerada un desarrollo del texto constitucional?

Esta Corporación ha señalado en repetidas ocasiones que la interpretación de las normas de la Carta debe estar orientada por un criterio de razonabilidad, por cuanto las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables[5] . Esto significa entonces que no puede el intérprete constitucional atenerse al tenor literal de una norma cuando éste produce consecuencias absurdas. Así, al respecto ha dicho la Corte:

"Cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del

---

5. Ver por ejemplo las Sentencias C-011/94 del 21 de enero de 1994, C-301/93 del y C-496/94.

contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística[6]

Ahora bien, ¿cuál es el sentido de las comisiones accidentales de conciliación previstas por el artículo 161 de la Carta? Es claro que con este mecanismo la Constitución de 1991 pretende flexibilizar el procedimiento de adopción de las leyes, puesto que tal disposición crea una instancia que permite armonizar los textos divergentes de las Cámaras, sin que se tenga que repetir la totalidad del trámite del proyecto. En efecto, este mecanismo permite zanjar las diferencias que puedan surgir en las Plenarias de cada Cámara, sin que el proyecto tenga que devolverse a la comisión respectiva nuevamente, lo cual haría más dispendioso y demorado el trámite de expedición de la Ley. Así, en anterior decisión, esta Corporación ya había indicado ese sentido general de las comisiones de conciliación. Dijo entonces la Corte con relación al artículo 161 de la Carta:

"Esta disposición surgió a la vida jurídica con la Constitución Política de 1991 y se creó con el propósito de imprimir mayor eficiencia, racionalidad y agilidad a la labor del Congreso en la formación de las leyes.

(...)

Cuando se presentó esta disposición en la Asamblea Nacional Constituyente el doctor Hernando Yepes Arcila, en su calidad de ponente, argumentó:

'La sistemática que proponemos sugiere así mismo un trámite especial para la superación de las discrepancias que surjan una vez surtido el segundo debate en ambas Cámaras, entre los textos que emanen de éstas, mediante el sencillo expediente de confiar la búsqueda de aproximaciones a una comisión accidental designada por los dos cuerpos con el encargo específico de preparar un texto final para reabrir sobre él el segundo debate'. (Ver gaceta constitucional Nos. (67).[7]

En ese orden de ideas, resulta absurdo interpretar el tenor literal del artículo 161 de la Carta, de tal manera que se concluya que la falta de acuerdo entre las Cámaras sobre algunos artículos independientes de un proyecto acarrea inevitablemente el fracaso de la totalidad del proyecto, a pesar de que exista acuerdo entre las Cámaras sobre el resto del articulado. En efecto, una tal interpretación conduce a que una institución creada por el Constituyente para agilizar el trámite de las leyes (las comisiones de conciliación) se

---

6. Sentencias C-011/94 del 21 de enero de 1994, MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

7. Corte Constitucional. sentencia C-167/93 del 29 de abril de 1993. MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz..

convierta en todo lo contrario, esto es, en un mecanismo que entorpece la labor legislativa del Congreso, puesto que el desacuerdo sobre ciertas partes de un proyecto puede comportar el hundimiento global del mismo. Con ello no sólo se desnaturaliza la institución de las comisiones de conciliación sino que se olvida que la finalidad global del Constituyente, en materia de expedición de leyes, fue racionalizar y flexibilizar su trámite. Además una tal hermenéutica tiene otro efecto perjudicial, ya que erosiona el pluralismo y la libre discusión democrática, puesto que es contrario al principio de mayoría que existiendo acuerdo sobre lo esencial de un proyecto de ley, los desacuerdos relativos a disposiciones accesorias al mismo, frustren todo el esfuerzo realizado para tramitar y expedir una ley. Las normas constitucionales relativas al trámite legislativo nunca deben interpretarse en el sentido de que su función sea la de entorpecer e impedir la expedición de leyes, o dificultar la libre discusión democrática en el seno de las corporaciones representativas, pues ello equivaldría a desconocer la primacía de lo sustancial sobre lo procedimental.

Por todo lo anterior, la Corte Constitucional considera que el artículo 189 de la Ley 5a. de 1992 no es contrario al artículo 161 de la Carta sino que es un desarrollo normativo razonable y coherente que el legislador dió al mandato constitucional. La Corte considera entonces que se adecúa al sentido de la Constitución que si subsisten las diferencias sobre un proyecto de ley después del segundo debate en las cámaras, entonces se considerarán negados únicamente los artículos o disposiciones materia de discrepancia, siempre que éstos no fueren fundamentales al sentido de la nueva ley.

Por consiguiente, no es de recibo el argumento del actor, según el cual la subsistencia de discrepancias en el trámite de la hoy Ley 104 de 1993 implicaba automáticamente el rechazo por el Congreso de la ley en su conjunto, puesto que si tales desacuerdos -en caso de existir- versan sobre artículos específicos de la ley que no son esenciales al sentido global de la misma, únicamente tales artículos se entienden negados.

Con base en tales consideraciones, entra entonces la Corte a analizar el desarrollo mismo de la Comisión de Conciliación y del acta que ésta rindió.

En ese orden de ideas, el examen del acta de conciliación, del cual figura copia auténtica en el expediente[8] de este proceso, muestra que entre los miembros de la Comisión hubo acuerdos y discrepancias. Así, el acta señala que hubo artículos en los cuales hubo consenso en tomo a su modificación, adición o supresión, mientras que sobre otros artículos los conciliadores no

---

8. Ver Folios 300 y ss así como copia en la Gaceta del Congreso No. 466 p.12 y ss.

llegaron a ningún acuerdo, lo cual explica que varios Senadores no hubieran suscrito el acta. Ahora bien, como lo muestra el examen del acta, el análisis de las declaraciones rendidas ante la Corte por los Honorables Senadores y Representantes, así como las transcripciones de los debates en la Plenaria del Senado, la discrepancia en torno al Acta de Conciliación se mantuvo en torno a dos artículos que habían sido aprobados en la Plenaria de la Cámara el 13 de diciembre de 1993 pero que no habían sido aprobados por la Plenaria del Senado. Esta fue la razón fundamental por la cual los Senadores que integraron la Comisión de Conciliación se abstuvieron de firmarla. Así, en la sesión ordinaria de la Plenaria del Senado, el coordinador de la Comisión de Conciliación, el Senador Humberto Peláez, señaló:

> *"Señor Presidente, HS, como algunos pocos lo han podido oír, porque realmente no ha habido la atención suficiente para la lectura que dio el senador Luis Guillermo Giraldo, se esta sometiendo a consideración del senado de la república un supuesto informe, porque no ha sido firmado por la mayoría de los miembros de la comisión mediadora, de 8 miembros que somos, sólo lo firmó el Senador Luis Guillermo Giraldo. Mal puede entonces señor Presidente ponerse en consideración algo que no es informe porque jamás uno hace mayorías sobres 7.* ***Hemos sido claros los demás miembros de la comisión,*** *con excepción mía y de Bernardo Gutiérrez, quienes votamos negativamente todo el proyecto,* ***se ha estado de acuerdo en que se estarían dispuestos a autorizar la aprobación del resto del articulado con excepción de los dos artículos nuevos que introdujo la Cámara de Representantes*** *(subrayas no originales)*[9] ".

En el mismo sentido se pronunció el Senador Hugo Castro Borja, miembro de la comisión conciliadora, cuando señaló que se habían abstenido de firmar el acta "porque creemos que el senado de la república en su plenaria no aprobó esos dos artículos que se está trayendo en la ley[10] ".

De otro lado, la Plenaria del Senado de la República, según constancia del Secretario General Pedro Pumarejo Vega, aprobó el 16 de diciembre de 1993 el acta de conciliación, aun cuando no aprobó los artículos objeto de la discrepancia, tal y como consta en el acta de la sesión plenaria de ese día. Igualmente, la Cámara de Representantes aprobó el acta de conciliación e incluyó los dos artículos a que se ha hecho referencia.

Todo lo anterior muestra que efectivamente hubo conciliación en la mayor parte del proyecto, pero subsistieron discrepancias en torno a los menciona-

---

9. Transcripción de la sesión del 16 de diciembre de 1993, Cinta No 16, p 2 y Cinta 17 p 1, figura en el expediente de la Corte bajo folios 137 y 138

10. Transcripción de la sesión del 16 de diciembre de 1993, Cinta No 26, p 1, figura en el expediente de la Corte como folio 152.

dos dos artículos. El interrogante que se plantea es si tales artículos son esenciales al sentido mismo de la Ley 104 de 1993.

Ahora bien, estos dos artículos fueron presentados por el señor Fiscal General de la Nación en la última sesión de las comisiones conjuntas, correspondiente al 30 de noviembre, y nunca pertenecieron al cuerpo del articulado propuesto originalmente por el Gobierno. Esto ya demuestra que ellos no son esenciales al sentido de la ley bajo revisión, lo cual se ve confirmado por el contenido material de los mismos. En efecto, tales normas disponían:

ARTICULO NUEVO. DEFENSORES PUBLICOS EN CASOS ESPECIALES. Cuando en el curso de los procesos de competencia de los jueces regionales, surgieren hechos de carácter no económico que impidieren el pleno ejercicio del derecho de defensa por los abogados designados por los sindicados, la Defensoría del Pueblo nombrará abogados de la institución para que se encarguen de asumir estas defensas, quienes no podrán excusarse del servicio, salvo que se trate de enfermedad grave o habitual debidamente comprobada que le impida ejercer la profesión.

Para garantizar la seguridad de los designados en estas circunstancias, la Defensoría del Pueblo, el Fiscal o el Juez, coordinarán con la Oficina de Protección a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el proceso o con el Consejo Superior de la Judicatura, si en este último caso el proceso está en la causa, las medidas necesarias para la debida protección del abogado.

Así mismo, podrán disponerse la reserva de la identidad de estos profesionales, con base en el mismo procedimiento utilizado para la reserva de la identidad de testigos, jueces o fiscales.

ARTICULO NUEVO. EXTINCION DEL DOMINIO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES. En el delito de enriquecimiento ilícito en el que los bienes provengan del narcotráfico y conexos, la muerte del sindicado extingue la acción penal respecto de éste, pero el trámite continuará con relación a los bienes afectos a dicho enriquecimiento, para que se determine la extinción del derecho de dominio en favor del Estado.

Cuando obre prueba en el proceso de la actividad de narcotráfico y conexos, corresponderá a los herederos y causahabientes demostrar el origen lícito de los bienes correspondientes del causante.

Como se ve, si bien esas normas guardan unidad de materia con el articulado de la Ley 104 de 1993, en manera alguna se puede decir que ellos son fundamentales al sentido de la misma. Todo ello permite concluir que su desaparición del articulado en ningún caso lo desnaturaliza.

Por consiguiente, la persistencia de la discrepancia entre las Cámaras en torno a estos dos artículos en manera alguna afecta globalmente la Ley 104 de 1993. Unicamente se debe entender que estos artículos fueron negados por el Congreso y efectivamente ellos no fueron incorporados en el texto sancionado de la mencionada ley. Por consiguiente, por este aspecto, la ley es constitucional.

7- La regularidad del cierre del debate en las Comisiones

Según el actor, el debate en las comisiones habría sido irregularmente cerrado, pues el Presidente de las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes del Senado y la Cámara, en la sesión conjunta del 29 de noviembre de 1993, lo habría hecho sin que existiera quórum decisorio.

En primer término, la Corte precisa que en sentido estricto no hubo un cierre general del primer debate, por cuanto el proyecto fue tramitado, discutido y aprobado en las sesiones conjuntas de las Comisiones por bloques de artículos. En efecto, según consta en el Acta No 9 del 27 de octubre de 1993 (págs. 100 y ss), las Comisiones decidieron, respetando los quórum reglamentarios, discutir y votar el articulado del proyecto en cuatro bloques así: un bloque de artículos en los cuáles había consenso, un bloque de disposiciones en los cuáles había observaciones de los congresistas, un bloque de artículos nuevos y un bloque de artículos que requieren ser reconsiderados por las Comisiones. Esto significa entonces que no se puede hablar de una clausura general del debate en comisiones, por lo cual la Corte considera que la acusación del actor está dirigida contra el cierre del debate en relación con los dos artículos nuevos propuestos en la sesión del 30 de diciembre. Sin embargo, el acta No. 13 correspondiente a las sesiones conjuntas de las comisiones primeras constitucionales de Senado y Cámara del 30 de noviembre de 1993 muestra que existió quórum decisorio de acuerdo con el artículo 116-2 de la Ley 5 de 1992, pues se hicieron presentes 13 Senadores (de 19 miembros que conforman la comisión) y 24 Representantes (de 33 miembros), según consta en los folios 1 y 2 del acta. Es cierto que el presidente de las sesiones conjuntas, H. Senador Alberto Santofimio Botero, puso a consideración de los miembros el cierre de la discusión, la cual fue aprobada. Esto muestra entonces que el cierre de la discusión al que hace referencia el actor no se efectuó el 29 de noviembre de 1993 sino el 30 del mismo mes y año. Y, como consta en el Acta, no sólo había quórum deliberativo sino decisorio en los términos del artículo 116-1 y 2 de la Ley 5 de 1992.

8. Sobre la ponencia para segundo debate

El demandante también considera que el informe y la ponencia para segundo debate en el Senado desconocieron normas constitucionales.

Así, en primer término, esgrime como cargo en contra de la Ley 104 de 1993, la falta de la formalidad de la firma de los ponentes en la ponencia para segundo debate de la norma en comento. Tal situación, sostiene el demandante, viola el artículo 157 constitucional, en su inciso primero. Dado lo anterior la Corte entra al análisis del cargo en mención.

El inciso 1° del artículo 157 de la Carta recae sobre el proyecto de ley, más no en la ponencia para segundo debate, tal como lo pretende el demandante. Esto se afirma luego de examinar la norma constitucional citada:

Artículo 157. Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

(...)

De la lectura de la anterior transcripción se comprende que el encabezamiento (ningún proyecto será ley sin ...) en conjunto con el inciso primero (haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva) conforman el sentido lógico de la norma. En efecto, el inciso primero del artículo 157 de la Carta no puede interpretarse de una forma ligera, sin tener en cuenta que allí se fija un requisito para que un proyecto de ley llegue a ser una Ley de la República. Así las cosas, el objeto jurídico del inciso 1° del artículo 157 C.P. es sólo el proyecto de ley. Por consiguiente, la Constitución ordena es la publicación del proyecto y ésta fue efectivamente hecha.

Ahora bien, partiendo de la inexistencia de la violación de la norma constitucional aducida, cabría estudiar si se presenta, según el cargo del demandante, quebrantamiento de la Ley 5a. de 1992 (Reglamento del Congreso).

En el Reglamento del Congreso podemos ubicar los artículos 156, 157 y 185, como definitorios del trámite aludido. Los dos primeros establecen la orden de publicación del informe ponencia para primer debate y el último prescribe el mismo procedimiento, en lo que fuere compatible, establecido para el primer debate en la discusión y aprobación de un proyecto en segundo debate. Según consta en la Gaceta del Congreso No. 421 del 30 de noviembre de 1993, la ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 40/93, en el Senado de la República, fue publicada oportunamente.

Sin embargo, el cargo del actor gira en torno a la legitimidad de la publicación de la ponencia cuando varios de los ponentes no la firmaron. Al respecto de los Representantes a la Cámara que fueron ponentes de la Ley 104/93, no es relevante su ausencia dado que el informe era para el Senado

de la República. En lo concerniente a la falta de firma del Senador Hugo Castro Borja, conviene recordar lo sucedido en palabras del Ministro de Gobierno en ese entonces:

(I) los ponentes para segundo debate en el Senado de la República fueron los senadores Luis Guillermo Giraldo Hurtado y Hugo Castro Borja; (II) la ponencia para segundo debate en el senado fue publicada sin la firma del coponente Hugo Castro Borja; (III) el Senador Hugo Castro Borja no firmó porque su única objeción consistía en la inclusión de los artículos 62 a 65 en el proyecto; y, (IV) una vez el ponente Luis Guillermo Giraldo manifestó su conformidad con el retiro de tales artículos, el Senador Castro Borja procedió a firmar la ponencia, tal como consta en el correspondiente expediente legislativo de la ley.

Así las cosas, el Senador Castro Borja sí participó en la elaboración de la ponencia, sin embargo, utilizó un mecanismo para fijar su posición sobre las divergencias entre él y el otro ponente: no firmar la ponencia en la oportunidad de la publicación.

Tal como sostiene el interviniente Villegas Ramírez, en el caso del informe ponencia, ninguna de las disposiciones constitucionales o legales exige unanimidad de criterio, para el evento en que la presidencia de la respectiva cámara haya designado más de un ponente. En este caso, la divergencia de criterios se presentó, mas no se manifestó con un informe de minoría o con una constancia, sino con una medida de hecho. Esta medida no tiene la suficiente entidad para viciar la legitimidad de la publicación del informe ponencia para segundo debate. En efecto, las discrepancias entre los ponentes no pueden llegar al punto de torpedear el proceso legislativo, a través de conductas negativas que desvirtúan la función legislativa.

Se concluye, entonces, que este cargo del actor contra la ponencia para segundo debate en el Senado es infundado.

De otro lado, el actor considera que la mencionada ponencia desconoció el artículo 160 inciso tercero de la Constitución, por cuanto no incluyó la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la respectiva comisión y las razones que determinaron su rechazo.

La Corte no encuentra fundado, en este caso específico, el cargo del demandante, porque si bien la ponencia no se refirió de manera específica a todas las propuestas que fueron discutidas en las sesiones conjuntas de las comisiones, esta ponencia sí señaló las orientaciones generales de las diferentes propuestas que habían sido presentadas y analizadas. En efecto, la ponencia señala:

"Este proyecto de ley fue objeto de un largo y profundo debate, en el cual participaron activamente no sólo los senadores y representantes sino di-

versas organizaciones civiles con propuestas de especial significación, habiéndose acogido muchas de ellas.

El proyecto contiene, en su esencia, las disposiciones originarias que presentó el Gobierno Nacional y las modificaciones que se introdujeron durante las discusiones conjuntas de las comisiones primeras de las dos cámaras, en las cuáles se acordó dividirlo en dos partes.[11] "

La Corte considera que, en este caso, esa referencia satisface el requisito exigido por la Carta, por cuanto frente a leyes demasiado extensas y en las cuáles ha habido un debate intenso en comisiones, resulta irrazonable exigir que el informe para segundo debate especifique todas y cada una de las propuestas debatidas en las Comisiones y las razones del rechazo de algunas de ellas. En efecto, conviene tener en cuenta que la Ley 104 de 1993 posee más de 130 artículos.

9- Contenido de la Ley 104 de 1993 y reserva de ley estatutaria

Entra a continuación la Corte a analizar si el contenido de la ley acusada es propio de la reserva de ley estatutaria o no. Para ello, esta Corporación no efectuará un estudio individualizado de cada uno de los artículos de la Ley 104 de 1993 sino que estudiará globalmente las materias contenidas en la ley acusada, por títulos y capítulos.

Comienza la Corte por analizar el cargo general del demandante, según el cual, como los antecedentes de la ley indican que su propósito fue convertir en normas permanentes algunas de las medidas expedidas al amparo de la conmoción interior, entonces la ley debe ser estatutaria, conforme al mandato del literal e) del Art. 152 de la Constitución Política. La Corte no comparte tal criterio, por cuanto, como bien lo señala uno de los intervinientes, una interpretación sistemática del artículo 214-2, en concordancia con el artículo 152-e de la Carta, permite concluir que el objeto de regulación por vía estatutaria son las facultades del Gobierno durante la vigencia de los estados de excepción, no así todas las normas legales que tengan como finalidad otorgar carácter permanente a las medidas adoptadas. Esto significa entonces que no se puede inferir que una ley que da carácter permanente a un decreto de conmoción debe ser, por es solo hecho, tramitada por la vía estatutaria, sino que ello depende del contenido propio de la ley.

Tampoco es de recibo el argumento según el cual como la ley acusada consagra unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, entonces está relacionada con el derecho a la paz, que es un derecho fundamental. En

---

11. Gaceta del Congreso No 421 del 30 de noviembre de 1993.

efecto, esta Corporación ha señalado, en decisiones precedentes, que si bien el derecho a la paz ocupa un lugar trascendental en el ordenamiento constitucional colombiano, puesto que es de obligatorio cumplimiento, no es, en sentido estricto, un derecho fundamental, por lo cual no tiene reserva de ley estatutaria.

Una vez desechados estos cargos globales del actor, entra la Corte a estudiar los diversos títulos y capítulos de la ley acusada.

Así, la parte general se limita a señalar las orientaciones generales de la ley, así como algunos criterios de interpretación de la misma, sin que encuentre la Corte ningún contenido propio de las leyes estatutarias.

El título I de la primera parte de la ley (artículos 9º a 17) consagra "instrumentos para la búsqueda de la convivencia". Los dos primeros capítulos establecen diversos tipos de beneficios procesales, los cuales son propios de los códigos de procedimiento penal que, según jurisprudencia de esta Corporación, no tienen contenido estatutario[12] En efecto, la Corte ha señalado que si bien la libertad personal es un derecho fundamental, ello no significa que los asuntos penales deban ser tramitados por la vía estatutaria. Al respecto señaló la Corte:

"De modo que, respecto a la libertad personal, es posible distinguir las leyes que constituyen el estatuto general de ese derecho, esto es, que lo configuran y determinan su contenido esencial.

Igualmente, las leyes estatutarias se distinguen de las leyes ordinarias a través de las cuales, en ejercicio de variadas potestades de origen constitucional, se propone el Estado regular funciones públicas y proteger bienes -como la convivencia pacífica- dignos de tutela. No se puede descartar que en este último caso, las normas que se expidan, comporten restricciones a la libertad, genéricamente entendida. No obstante, si tales restricciones corresponden al necesario y razonable ejercicio de facultades constitucionales del Estado y se dirigen a extender la protección necesaria a bienes y valores cuya salvaguarda la misma Carta ordena, deben reputarse incidentales al desarrollo normal de dichas competencias. En verdad, sería absurdo exigir que todas las funciones estatales sean objeto de regulación por la vía de las leyes estatutarias sólo porque eventualmente de ellas pudiesen provenir restricciones a la libertad general, efecto éste inherente a toda regulación.

Para mayor abundamiento: las leyes estatutarias a que se refiere el artículo 152-a de la Constitución Política se ocupan de regular, de modo prefe-

---

12 .Ver, por ejemplo, sentencia C-013/93. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

rentemente positivo y directo, el ejercicio de los derechos fundamentales. Bien distinto es el contenido de aquellas normas mediante las cuales el Estado, al ejercitar el ius puniendi, limita alguno de esos derechos, a manera de sanción imputable a una conducta tipificada como delictiva. Tal es el caso de las disposiciones que integran el código penal que, por las razones expuestas, no están sujetas al trámite especial de las leyes estatutarias ni participan de la naturaleza jurídica propia de éstas. Obsérvese, finalmente, que la ley estatutaria se refiere, en cada caso, a un derecho determinado y su fin es desarrollar su ámbito a partir de su núcleo esencial definido en la Constitución. La ley penal, en cambio, asume ab initio un tenor marcadamente prohibicionista que le permite delimitar genéricamente la libertad, definiendo el campo de lo ilícito y reprochable socialmente. Definitivamente, no hace parte del núcleo esencial de ningún derecho fundamental delinquir; luego, señalar legislativamente los tipos penales y establecer las condignas sanciones, en modo alguno equivale a 'regular los derechos fundamentales'"[13].

El capítulo tercero incorpora algunas "disposiciones para facilitar el diálogo con los grupos guerrilleros, su desmovilización y reinserción a la vida civil", temas que son propios de la ley ordinaria.

El título II de esta primera parte (artículos 18 a 47) regula una serie de mecanismos para dar atención a las víctimas de atentados terroristas, por intermedio del el medio del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social. Se trata de formas de asistencia en materia de salud, para vivienda, en materia de crédito y educativa, así como con la participación de entidades sin ánimo de lucro.

El título III (artículos 48 a 60) también incorpora normas que no son de naturaleza estatutaria sino de carácter procesal penal, puesto que establecen causales de extinción de la acción de la pena en caso de delitos políticos.

La segunda parte de la ley establece, en varios títulos y capítulos, una serie de mecanismos para la eficacia de la justicia. Esto parece dar una naturaleza estatutaria a esta parte, por cuanto el literal b del artículo 152 establece que es de reserva estatutaria la "administración de justicia". Sin embargo, como bien lo señala uno de los ciudadanos intervinientes, este mandato debe interpretarse conforme con las demás disposiciones constitucionales pues, de lo contrario, se llega al absurdo de afirmar que todo código de procedimiento exige trámite estatutario, por contener normas que regulan el funcionamiento de la justicia. Esto vacía de contenido la competencia señalada en al legislador ordinario en el artículo 150-2, que señala que corresponde al Congreso,

---

13. Corte Constitucional. Sentencia No C-313 del 7 de julio de 1994. MP Dr. Carlos Gaviria Díaz.

por medio de leyes ordinarias, "expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones". Por ello, considera la Corte que debe darse un sentido restrictivo a la reserva estatutaria en el campo de la administración de justicia, por lo cual ella se refiere a los elementos estructurales esenciales de la función pública de justicia, esto es, a la determinación de los principios que informan la administración de justicia, así como los órganos encargados de ejercerla y sus competencias generales.

Ahora bien, el análisis de las disposiciones de la ley acusada muestra que ella no regula los elementos estructurales esenciales de la función pública de la administración de justicia sino que se limita a establecer una serie de instrumentos para garantizar la efectividad de dicha función. Por consiguiente, la Ley 104 de 1993 no está invadiendo el campo propio de la reserva estatutaria en materia de administración de justicia.

Así, los títulos I y II (artículos 61 a 75) establecen típicas normas procesales penales, puesto que regulan las unidades ambulantes de policía judicial y diversas formas de protección a los intervinientes en el proceso penal. No son entonces materias estatutarias.

Por su parte, el título III (artículos 76 a 93) consagra una serie de medidas destinadas a ejercer un "control sobre el financiamiento de las actividades subversivas y terroristas", para lo cual se prevé, en el primer capítulo, hacer más rigurosos los controles sobre el uso de los recursos de las entidades territoriales o administrados por éstas, y en el segundo se establece un conjunto de sanciones a aquellos contratistas que de algunas manera contribuyan a las finanzas de las organizaciones insurgentes. La Corte no encuentra que estas disposiciones sean de naturaleza estatutaria, puesto que se trata de la regulación de funciones de control y de policía administrativa, que competen al legislador ordinario. Tampoco encuentra la Corte que la ley acusada haya invadido el campo estatutario en el tercer capítulo de este mismo título, puesto que éste establece formas de embargo preventivo y extinción del derecho de dominio de bienes vinculados a la comisión de delitos de competencia de los jueces regionales, lo cual es una típica materia de procedimiento penal, la cual, como ya se ha indicado anteriormente, compete al Legislador ordinario.

El título IV de esta segunda parte se relaciona con el derecho fundamental a la libertad y el derecho de información. En efecto, el capítulo I lleva como título "Información y medios de comunicación" y establece restricciones y prohibiciones a la libertad de comunicación (artículos 94 a 97), así como sanciones a los medios que no cumplan con tales regulaciones (artículo 98 a 101). La Corte Constitucional, en recientes fallos[14] , ha declarado inexequi-

14. Cf Sentencia C-425/94 del 29 de septiembre de 1994. MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

bles varios artículos de este capítulo por considerar que esta materia tenía reserva de ley estatutaria. Dijo entonces la Corte:

"En el caso de las disposiciones que en esta oportunidad han sido acusadas ante la Corte, se observa sin dificultad que, considerado su objeto específico, fueron dictadas bajo el designio indudable de regular, por la vía de la restricción, el derecho a la información, plasmado en el artículo 20 de la Carta.

Sobre la naturaleza fundamental de ese derecho ya ha tenido ocasión de pronunciarse la Corte en múltiples providencias cuyo contenido se ratifica. Entre otras, cabe mencionar las siguientes: T-512 del 9 de septiembre de 1992; T-414 del 16 de junio de 1992; T-611 del 15 de diciembre 1992; T-332 del 12 de agosto de 1993; C-488 del 28 de octubre de 1993, entre otras.

El artículo 94 impugnado prohibe la difusión total o parcial, sin autorización previa del Ministro de Comunicaciones, por medios de radiodifusión sonora o audiovisual, de comunicados que se atribuyan o provengan de grupos guerrilleros y demás organizaciones delincuenciales vinculadas al narcotráfico y al terrorismo, señalando que dichos medios sólo podrán informar al respecto.

Por el artículo 96 eiusdem se les prohibe divulgar, sin autorización previa del Ministro de Comunicaciones, entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al narcotráfico.

Mediante el artículo 97 se prohibe la transmisión, por los indicados servicios, de hechos de terrorismo, subversión o narcotráfico, mientras estén ocurriendo.

Sin necesidad de entrar en el análisis de fondo de dichas disposiciones, se advierte con facilidad que están orientadas a establecer reglas aplicables al ejercicio del derecho a informar, cuyo incumplimiento por los medios habrá de ocasionar las sanciones más adelante consagradas en el artículo 98 de la misma Ley 104 de 1993.

Es indudable que el propósito del legislador fue cabalmente el de regular el desempeño de la actividad informativa que cumplen los medios audiovisuales. Si bien lo hizo dentro del marco de normatividad aplicable al manejo del orden público, la materia misma de los preceptos en cuestión les confiere un indudable carácter imperativo y de forzoso acatamiento que, por ende, incide en el ejercicio del derecho, tanto en su aspecto activo (medios de información) como en el pasivo (receptores de la misma).

Tal función, a la luz del perentorio mandato consagrado en el artículo 152 de la Carta, ha debido ser ejercida por la vía de una ley estatutaria."

Con base en tales argumentos, esta Corporación declaró entonces inexequibles los artículos 94, 96 y 97. Igualmente, en posterior sentencia y con idéntico criterio, esta Corporación declaró inexequible el artículo 95. Por las mismas consideraciones, serán declarados inconstitucionales en la parte resolutiva de esta sentencia los artículos 98, 99, 100 y 101, por cuanto estas disposiciones guardan una unidad lógica con los anteriores artículos, ya que ellas establecen las sanciones para quienes incumplan las prohibiciones y las restricciones. Finalmente, esta Corporación considera que procede también declarar la inexequibilidad del artículo 17 de la presente ley. En efecto, si bien esta norma no consagra en sentido estricto una restricción al derecho de información, puesto que por el contrario autoriza la difusión de comunicados o entrevistas de miembros de organizaciones guerrilleras vinculadas a proceso de paz, este artículo sólo adquiere sentido normativo a la luz de las restricciones previstas en los artículo 94 y 96 de la ley acusada, puesto que es una excepción a tales normas. Una vez retiradas éstas del ordenamiento jurídico, procede igualmente declarar la inexequibilidad del artículo 17.

Por el contrario, la Corte considera que el capítulo II de este título (artículo 102 a 107) no es propio de la reserva de ley estatutaria. En efecto, este capítulo no regula ni restringe el derecho de información sino que establece regulaciones sobre el sistema de radiocomunicaciones (manejo de buscapersonas, radioteléfonos, etc.) y establece sanciones a quienes no las cumplan. No son entonces artículos relacionados con el contenido esencial del derecho de información sino típicas regulaciones de policía administrativa que son propias del legislador ordinario.

Los títulos V (arts. 108 a 119), VI (arts. 120 a 125) y VIII (126 a 133) de la ley tampoco son de aquellos que la Constitución consagra como propios de la reserva de ley estatutaria. Así, el primero de ellos regula las sanciones por incumplimiento de las órdenes del Presidente en materia de orden público, el segundo nuevas fuentes de financiación para el Estado y el tercero disposiciones sobre reservas y adjudicación de terrenos baldíos, que son todos temas propios del legislador ordinario.

En síntesis, como se puede constatar a partir del anterior examen, con excepción del capítulo primero del título IV de la segunda parte, las materias contenidas en la ley impugnada son propias del legislador ordinario.

10- Efecto de cosa juzgada relativa de la presente sentencia

La presente demanda se basa en un ataque global contra la Ley 104 de 1993, por razones de procedimiento y de reserva de ley estatutaria. Ahora bien, la Corte ha analizado en extenso los cargos del demandante y, con excepción de la inconstitucionalidad de algunos artículos cuya materia efectivamente es propia de la ley estatutaria, esta Corporación no ha encontrado

ningún elemento que determine la inexequibilidad de la ley en su conjunto. Ahora bien, como la Corte no ha efectuado una confrontación integral de todos los artículos de la ley revisada con todos los artículos de la Constitución, procede limitar el alcance de la cosa juzgada constitucional, puesto que las acusaciones globales contra la ley no han prosperado. Esos artículos serán declarados exequibles, pero únicamente por las razones expresamente estudiadas en esta sentencia, esto es, por no ser estas materias de reserva de ley estatutaria; por haberse debidamente corregido el vicio de trámite relacionado con el artículo 160 de la Constitución; por haberse cerrado en debida forma el debate en las Comisiones; por no haber irregularidades en la ponencia para segundo debate; y, finalmente, porque la persistencia de discrepancias entre las Cámaras no afecta a la totalidad de la Ley 104 de 1993 sino únicamente a dos proyectos de artículos que no fueron incluidos en la misma.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: Con respecto a los artículos 94, 95, 96 y 97 de la Ley 104 de 1993, ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencias No. C-425/94 y No. C-562/94, que declararon inexequibles estas disposiciones.

Segundo: Con respecto a los artículos 128 (parcial), 129 (parcial), 130 y 133 de la Ley 104 de 1993, ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia No. C-428794, que declararó exequibles estas disposiciones.

Tercero: Declarar INEXEQUIBLES los artículos 17, 98, 99, 100 y 101 de la Ley 104 de 1993.

Cuarto: Declarar EXEQUIBLES el resto de los artículos que conforman la Ley 104 de 1993, pero únicamente por las razones expresamente estudiadas en esta sentencia, esto es, por no ser estas materias de reserva de ley estatutaria; por haberse debidamente corregido el vicio de trámite relacionado con el artículo 160 de la Constitución; por haberse cerrado en debida forma el debate en las Comisiones; por no haber irregularidades en la ponencia para segundo debate; y, finalmente, porque la persistencia de discrepancias entre las Cámaras no afecta a la totalidad de la Ley 104 de 1993 sino únicamente a dos proyectos de artículos que no fueron incluidos en la misma..

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-069
de febrero 23 de 1995

ACTO ADMINISTRATIVO - Existencia

La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.

ACTO ADMINISTRATIVO - Eficacia

La eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente.

ACTO ADMINISTRATIVO - Pérdida de fuerza ejecutoria /
SUSPENSION PROVISIONAL - Pérdida de fuerza ejecutoria

La suspensión provisional del acto administrativo, en los términos del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A), acusado, que consagra la suspensión provisional de los actos administrativos por pérdida de su fuerza ejecutoria, está en consonancia con el precepto constitucional (artículo 238), según el

cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo "podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial", en forma directa. Por ello, a juicio de la Corte, no aparece quebrantamiento alguno de las normas constitucionales respectivas, por lo que el precepto acusado que establece la causal de pérdida de fuerza ejecutoria por suspensión provisional, se declarará exequible.

ACTO ADMINISTRATIVO - Decaimiento

El decaimiento de un acto administrativo que se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparece del escenario jurídico. Cuando se declara la inexequibilidad de una norma legal en que se funda un acto administrativo se produce la extinción y fuerza ejecutoria del mismo, pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que "salvo norma expresa en contrario", en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexequibilidad del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo.

SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Aplicación

Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera

palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena que "en todo caso de incompatilibidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.

Ref.: Expediente D-699

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 (parcial) del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo.)

Materia: Pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos.

Temas: Acto administrativo. Existencia, Eficacia y Fuerza Ejecutoria.

Suspensión provisional.

Supremacía de la Constitución.

Actor: Maximiliano Echeverri Marulanda.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Aprobado por Acta No. cinco (5).

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

I. ANTECEDENTES

Procede la Corte Constitucional a decidir la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Maximiliano Echeverry Marulanda contra el artículo 66 (parcial) del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo).

Al admitir la demanda, el Magistrado Ponente ordenó que se fijara en lista el negocio en la Secretaría General por el término de diez (10) días, a efecto de asegurar la intervención ciudadana; que 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 a la Secretaría Jurídica de la

Presidencia de la República y al Ministerio de Justicia y del Derecho, con el fin de que conceptuaran acerca de la constitucionalidad de la norma impugnada, si lo consideraban oportuno.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

El texto del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 acusado, es el siguiente, en los apartes que se resaltan en esta providencia:

"Artículo 66. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo ***pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:***

1) Por suspensión provisional;

2) Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho;

3) Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos;

4) Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto;

5) Cuando pierdan su vigencia."

III. LA DEMANDA

El ciudadano Maximiliano Echeverri Marulanda solicita la declaratoria de inexequibilidad del artículo 66 (parcial) del Decreto 01 de 1984, por considerar que viola los artículos 189 #11, 209, 237 y 238 de la Constitución Política.

Los motivos sobre los cuales el actor sustenta su demanda, se resumen así:

1. El acto administrativo y su fuerza ejecutoria

Afirma el demandante que, como resultado de la función administrativa, la Administración produce actos administrativos, a los cuales se refiere expresamente la Constitución Política al consagrar la suspensión provisional; la eficacia de los actos administrativos depende de que realmente produzcan sus efectos, y ello ocurre si el acto ha sido publicado cuando es de carácter

general, o notificado si es de carácter particular, con el fin de garantizar el debido proceso.

Señala el demandante que el acto administrativo existe antes de su publicidad, y que una vez publicado goza de presunción de legalidad, y que por ello mismo puede ser inmediatamente ejecutado por la Administración, salvo las excepciones legales, tales como el agotamiento previo de la vía gubernativa. Agrega que la Administración tiene la potestad de revocar o modificar sus propios actos, y que para ello, goza de los mismos poderes que para producirlos. Sin embargo, considera que la Administración no puede pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, porque ella se presume, y mucho menos admite que aquélla sea juez de sus propios actos, porque para ello existe la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

También afirma que el derecho administrativo colombiano no se ocupa expresamente del acto administrativo inexistente, y da a entender que la inexistencia se presenta cuando el acto administrativo aún no ha sido notificado o publicado, y que sólo en la medida en que exista, y haya sido revestido de presunción de legalidad, es perfecto o eficaz; agrega que una vez que el acto es comunicado o publicado adquiere su ejecutoriedad. Y señala, en relación con la norma demandada, que la ejecutoriedad no es un elemento accidental del acto administrativo, sino que es una propiedad.

2. En lo que constituye un segundo cargo, el demandante afirma que cuando el acto administrativo pierde su fuerza ejecutoria es ineficaz, de manera que esa ineficacia lo afecta en su integridad, y que por ello mismo "*no es desprovisto de un elemento accidental*". Agrega que mediante los supuestos de pérdida de la fuerza ejecutoria contemplados en la norma demandada, se permite a las autoridades dar marcha atrás en su decisiones, de manera peculiar, actuando como juez administrativo, y que con ello se recortan de manera general los efectos de las decisiones de éstos últimos.

En su demanda, el actor se refiere a cada una de las hipótesis contempladas en el artículo 66 del Decreto 01 de 1994, señalándole a cada una un cargo específico, como se expone a continuación:

1). Pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos "*por suspensión provisional*"

En relación con esta causal del artículo demandado, el actor considera que el artículo 238 de la Constitución Política permite a la ley señalar los "*requisitos*" y "*motivos*" para que proceda la suspensión provisional de "***los efectos de los actos administrativos***", ya que la norma constitucional se refiere a todos aquéllos, y no sólo a los que se puedan derivar de su publicidad. Considera que la norma constitucional limita el campo de la ley a los

requisitos y motivos de procedencia de la suspensión, y que tal decisión debe atacar los efectos del acto administrativo, cualesquiera que ellos sean, y no solamente la fuerza ejecutoria de los mismos, es decir, que el alcance de la suspensión provisional, como resultado de la decisión judicial, no puede ser fijado por la ley sino por la Constitución Política o por el juez en lo Contencioso Administrativo, y que por eso se viola el artículo 238 de la Constitución Nacional.

2). Pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos *"cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho"*.

Al referirse a este numeral el demandante afirma que al distinguirse entre acto administrativo y fuerza ejecutoria, como lo hace la norma demandada, se otorga al funcionario la facultad de decidir que el acto administrativo es ilegal, o que ya no hay lugar a ejecutarlo, y que se tornaría en juez de sus propios actos. Considera además, que la presunción de legalidad no nace de la ley sino que ella deriva de la Constitución Política.

3). Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos *"cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos"*

En relación con esta causal, el demandante considera que cuando la Administración produce actos administrativos, debe ejecutarlos, porque tal es su función y su finalidad, y afirma que el simple paso del tiempo no es excusa para que la Administración deje de actuar, y que ello atenta contra la Constitución, porque ésta no permite que las autoridades administrativas se sustraigan del cumplimiento de sus obligaciones por esta vía.

4). Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos *"cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto"*.

En relación con esta causal, el demandante expresa su inconformidad afirmando que si el acto administrativo está sometido a condición, es él, no su fuerza ejecutoria, lo que se resuelve por el cumplimiento de la condición.

5). Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos *"cuando pierdan su vigencia"*.

Al referirse a esta última causal, el demandante considera que ella es constitucional si la pérdida de la vigencia proviene de la decisión de la justicia contencioso administrativa, o por *"derogación"* hecha por la propia Administración, o por revocatoria directa válida, por cuanto el acto administrativo ya ni existiría. Pero si es consecuencia de una decisión de la Administración, el cargo sería el mismo que el relacionado en el numeral segundo del artículo demandado.

IV. INTERVENCION CIUDADANA

De acuerdo con el informe secretarial que obra en el expediente, del 20 de septiembre de 1994, dentro del término de fijación en lista fueron presentados los escritos del Ministerio de Gobierno, por conducto de la Secretaria General, Doctora DIANA FAJARDO RIVERA, y del Ministerio de Justicia y del Derecho, a través del Doctor RAUL ALEJANDRO CRIALES MARTINEZ.

A. Intervencion del ministerio de gobierno

El Ministerio de Gobierno defiende la constitucionalidad de la norma acusada, con base en los siguientes argumentos:

Afirma la Secretaria General del Ministerio de Gobierno que la función administrativa se caracteriza por su naturaleza dinámica y permanente, y que la Administración está condicionada para actuar por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que han de rodear la ejecución del acto administrativo. Señala que la función administrativa, a pesar de estar sometida al imperio de la Constitución y de la ley, requiere estar revestida de un cierto margen de discrecionalidad, que permita a la Administración evaluar la conveniencia de ejecutar o no determinado acto, según lo indiquen las circunstancias.

Destaca que la norma constitucional que consagra la suspensión provisional de los actos administrativos se encuentra ubicada en el Título VIII de la Constitución Política, el cual se ocupa de las funciones de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y no de la vía gubernativa. Que la función administrativa se desarrolla según lo dispuesto por las normas del procedimiento administrativo, y que debe guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y que estos principios dan fundamento constitucional al artículo 66 del Decreto 01 de 1984, ya que resultaría contrario a todos ellos que la Administración insista en la ejecución del acto, a pesar de conocer alguna de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria "*con todas las negativas implicaciones para el interés público que ello puede conllevar*". Agrega que la norma acusada no confiere atribuciones para definir la legalidad o ilegalidad de un acto, sino que a través de ella se faculta a la Administración para declarar la desaparición del objeto del acto, "*bien sea por motivos de inconveniencia, por la verificación de la condición resolutoria a que está sometido o por la pérdida de su vigencia*".

Señala que la doctrina reconoce varios efectos a los actos administrativos, entre ellos la presunción de legalidad, la ejecutividad o eficacia y la ejecutoriedad: que aquel que contiene una obligación se presume legítimo hasta

que la autoridad judicial competente no declare lo contrario; que la ejecutividad o eficacia del acto sujeta al administrado a la observancia de una determinada situación, generalmente después de su publicación; y que su ejecutoriedad faculta a la Administración para perseguir su cumplimiento por medio de la coacción directa, sin necesidad de recurrir a mediación judicial.

Finalmente destaca que el actor llega a una equívoca conclusión al pretender dar equivalencia a la eficacia y a la fuerza ejecutoria de los actos administrativos.

B. Intervención del ministerio de justicia y del derecho

A su vez, el Ministerio de Justicia y del Derecho, mediante apoderado, defendió la constitucionalidad de la norma acusada con base en siguientes argumentos:

Afirma el representante del Ministerio de Justicia y del Derecho que la norma demandada, en relación con el numeral primero, no excluye que la pérdida de la fuerza ejecutoria de un acto pueda ser declarada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando la Administración no lo quiera hacer directamente. Al referirse al ataque al numeral segundo, afirma que puede suceder que el acto administrativo, reuniendo todos los requisitos que le dan plena validez, por razones ajenas a la voluntad de la Administración, se torne inválido porque cambie el ordenamiento jurídico o las circunstancias de hecho que le sustentaban; considera que ella es una ilegitimidad sobreviniente y no un rompimiento de la presunción de legalidad. En cuanto al numeral tercero de la norma acusada, afirma que en todos los campos del derecho el transcurso del tiempo, sin que el interesado actúe, genera la caducidad de la acción o la prescripción del derecho, y que a través del citado numeral se castiga la desidia administrativa. Que la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto, al referirse a la causal del numeral cuarto, es la aplicación de la figura de la condición resolutoria, que opera de pleno derecho, y cita un ejemplo para explicar la figura. Agrega, en relación con el numeral quinto, que la Administración puede proferir actos administrativos por los plazos señalados en la ley, y que, transcurrido éstos, se extinguen sus efectos de pleno derecho, sin necesidad de declaración alguna expresa por parte de la Administración.

Finalmente afirma que la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos, tal como está consagrada en el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, "*ayuda a que la función administrativa se lleve a cabo respetando los principios constitucionales de eficacia, economía y celeridad, dando cumplimiento al fin esencial del Estado, cual es la vigencia del orden justo.*"

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicita que se declare la exequibilidad del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 al considerar que, cuando consagra la causal de pérdida de fuerza ejecutoria por suspensión provisional, la decisión la toma el Consejo de Estado o el Tribunal Contencioso Administrativo, por lo cual se ajusta a las normas constitucionales, en la medida en que cumple el objetivo de hacer cesar en forma inmediata los efectos de un acto administrativo abiertamente contradictorio con el mandato superior.

Lo anterior, sostiene el Procurador General de la Nación, no es argumento suficiente para atacar las restantes causales, por el hecho de que la mayoría de las veces puedan ser adoptadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo; cuando la Administración declara la pérdida de la fuerza ejecutoria de un acto administrativo, el cual a pesar de ser válido es ineficaz por mandato de la ley, no hace otra cosa que actuar con base en los principios de eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, y que no cumpliría la Administración si debiera esperar la decisión judicial correspondiente. Anota además que la decisión adoptada por la Administración en la aplicación de cualquiera de las causales restantes de la norma acusada, podría dar lugar a un eventual debate judicial, pues ella es susceptible de ser recurrida ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si no se ha dado la caducidad de la acción.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. La competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir de manera definitiva la demanda que dió lugar al presente proceso, de conformidad con el artículo 241 numeral 5o. de la Constitución Política.

Segunda. Acto Administrativo. Existencia, eficacia y fuerza ejecutoria. Suspensión provisional.

El actor en su demanda ataca la constitucionalidad parcial del artículo 66, del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), pues considera que viola los artículos 189 numeral 11, 209, 237 numeral 1o., y 238 de la Constitución, con base en la teoría del acto administrativo en cuanto a su existencia, eficacia, ejecutoriedad, presunción de legalidad, y suspensión provisional.

Para la Corporación es necesario hacer un análisis acerca de estos aspectos, con el fin de establecer si la pérdida de la fuerza ejecutoria consagrada en el artículo demandado se ajusta o no al ordenamiento constitucional.

La teoría del acto administrativo ha sido un tema de profundo estudio por parte de la doctrina nacional y extranjera, y también por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Para efectos del examen de constitucionalidad del artículo 66 (parcial) del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), y de los argumentos expuestos por el demandante, así como por los representantes de los Ministerios de Gobierno y de Justicia y del Derecho, y por el Procurador General de la Nación, es preciso hacer referencia a la existencia, la eficacia, la fuerza ejecutoria y la suspensión provisional de los actos administrativos, sin que sea necesario analizar las diferentes modalidades de los actos administrativos, que consagra el ordenamiento jurídico nacional, salvo las enunciadas y aquella que distingue entre actos de carácter general, abstracto e impersonal y actos de carácter particular, personal y concreto, indicados en la demanda.

La clasificación de los actos administrativos en aquellos de carácter general, impersonal o abstracto, y los de carácter particular, personal y concreto, fue planteada por el Profesor León Duguit[1] , de acuerdo con la transcripción consignada por el profesor Libardo Rodríguez en su obra "Derecho Administrativo General y Colombiano", en los siguientes términos:

"B) Punto de vista material. Este criterio fue planteado y dotado de una aplicación importante en derecho público por León Duguit y por sus discípulos de la escuela de Burdeos.

Según este punto de vista los actos y las funciones se califican según su naturaleza interna, es decir, según el contenido mismo del acto en cuanto se refiere a su carácter general o individual. Para llegar a esa calificación esta teoría distingue varias clases de situaciones jurídicas y de actos jurídicos .

En este orden de ideas se parte de la base de que existen dos clases de situaciones jurídicas:

Por una parte, las situaciones jurídicas generales, impersonales, objetivas o estatutarias, que son aquellas cuyo contenido es igual para todos los individuos que sean o llegaren a ser titulares de ella. Por ejemplo, la situación de los empleados públicos, la de los comerciantes, etc.

Por otra parte, las situaciones jurídicas individuales o subjetivas, que son aquellas cuyo contenido es fijado de manera individual, para personas determinadas, y pueden variar de un titular a otro".

---

1. Obra citada por Libardo Rodríguez en Derecho Administrativo General y Colombiano. "*Traité de droit constitutionnel*", T.I, 3a. ed. Boccard, 1921.

Los artículos 43 y 44 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.) desarrollan el principio de publicidad de la función administrativa, a través de los actos administrativos de que trata el artículo 209 de la Constitución Política.

El artículo 43 del citado estatuto establece que "*los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto*".

Por su parte el artículo 44 *ibídem*, señala que "*las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado*"

La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.

El Consejo de Estado ha expresado su criterio en reiteradas oportunidades en cuanto que el acto administrativo existe desde que se expide, y su eficacia está condicionada a su publicación o notificación. A juicio de la Corte Constitucional es aceptable el criterio mencionado, según el cual los actos administrativos existen desde el momento en que se profieren, y su validez y eficacia están condicionadas a la publicación o notificación, según se trate de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, o de un acto de carácter particular, personal y concreto.

Asimismo, el acto administrativo puede ser inexistente, y se distingue del acto viciado de nulidad, que aunque tiene plena existencia jurídica, solamente desaparece mediante la declaración de nulidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Cuando falta un requisito sustancial o un elemento que forma parte de la esencia del acto, necesariamente este no puede existir. Pero si sólo se trata de una violación o prohibición de la ley, el acto nace pero está viciado de nulidad. Por ejemplo, se ha dicho que no puede nacer a la vida jurídica el acto de quien no es funcionario, o no está autorizado por la ley para ejercer función administrativa.[2]

---

2. Anales del Consejo de Estado, 1986, págs. 279 a 280.

Sobre el particular, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

"El uso de la nomenclatura de "acto inexistente" quiere indicar que es emitido sin "sombra de competencia" es de tal modo nulo que carece de fuerza ejecutoria, y ni siquiera puede reconocérsele la presunción de legalidad que en principio los doctrinantes atribuyen a todo acto administrativo" [3]

Así mismo, el profesor Jaime Vidal Perdomo ha definido la inexistencia del acto administrativo así:

"Se entiende por acto inexistente el que carece de los elementos sustanciales de fondo, como si el ministro de Defensa dicta una providencia sobre asuntos mineros, o cuando el acto no lo suscribe la autoridad que deba hacerlo, y le da dos consecuencias: los actos inexistentes no obligan, no se puede pedir su anulación porque sólo se anula lo que ha adquirido existencia, aunque la acción judicial puede enderezarse a que el juez declare que por razón de la inexistencia no hay lugar a la anulación."

Igualmente, al comparar el tratamiento colombiano con el francés, acerca de la inexistencia del acto, el citado tratadista afirma lo siguiente:

"Es en el derecho francés donde se ha elaborado esta teoría (la de la inexistencia de los actos administrativos)... La jurisprudencia francesa la aplica con extrema prudencia en casos en que falta un elemento tan esencial al acto que no hay necesidad de anularlo: basta simplemente verificar que no existe. Así por ejemplo, cuando su existencia no puede ser materialmente establecida, o cuando el acto proviene de una autoridad manifiestamente incompetente...

En Colombia, el espíritu general del derecho administrativo no favorece la teoría de la inexistencia. En efecto: las causales de acusación son muy amplias, y en ellas caben las graves irregularidades y las incompetencias protuberantes que los franceses sancionan con la teoría de la inexistencia. Hay también una diferencia de orden procesal: la acción encaminada a mantener la legalidad no prescribe en nuestro derecho, mientras que en el francés sí; la resistencia hacia el acto abiertamente ilegal, a través del expediente de la inexistencia, parece justificarse en aquel derecho y no en el colombiano" [4].

---

3. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Providencia del 15 de febrero de 1983. Consejero Ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar.

4. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Ed. Temis, Santafé de Bogotá, 1994, 10a. ed. págs. 307 y ss.

Se ha señalado por el mencionado autor que el espíritu general del derecho administrativo en Colombia no favorece la teoría de la inexistencia, aunque la doctrina y la jurisprudencia han venido dándole cabida a la misma. Esta se configura, de acuerdo a lo expuesto, cuando la decisión es proferida sin ningún tipo de competencia, y no se le puede reconocer presunción de legalidad, ni tampoco podrá ser eficaz o tener fuerza ejecutoria. En los demás casos, el acto existe y puede ser eficaz, pero adolece de un vicio en su formación, de acuerdo con las causales legales, y puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que se declare su nulidad.

La eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha expresado:

"La Sala considera que en el presente caso se requería que la peticionaria fuera informada realmente de la existencia de la Resolución 00024, pues el no hacerlo constituye un caso típico de un acto administrativo perfecto pero ineficaz. La doctrina ha dicho:

"Por perfección del acto administrativo entiende la doctrina el cumplimiento de todos los requisitos de procedimiento y forma que la ley le señale para su expedición. Y sólo cuando el acto está perfeccionado se producen entonces sus efectos jurídicos. Sin embargo, la ley suele exigir la publicación o notificación del acto administrativo, para que éste adquiera eficacia, o sea, para que produzca efectos. Por eso la doctrina suele distinguir el acto perfecto del acto eficaz, la perfección de la eficacia. Aquella se refiere al cumplimiento de los trámites exigidos para la formación o la producción del acto; ésta a sus efectos. En tales condiciones, el acto puede ser perfecto, pero no eficaz; y, al contrario, para que el acto sea eficaz, requiere ser perfecto." ("Derecho Administrativo" del doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Ediciones Librería del Profesional.)"[5]

Fuerza ejecutoria del acto administrativo

La fuerza ejecutoria del acto administrativo está circunscrita a la facultad que tiene la Administración de producir los efectos jurídicos del mismo, aún en contra de la voluntad de los administrados.

---

5 Sentencia No. T-335 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

El artículo 64 del Decreto 01 de 1984 consagra:

"Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados"

En esta forma, el acto administrativo tiene carácter ejecutorio, produce sus efectos jurídicos una vez cumplidos los requisitos de publicación o notificación, lo cual faculta a la Administración a cumplirlo o a hacerlo cumplir.

La fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es decir, su ejecutividad, depende entonces de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada, y su firmeza, que se obtiene según el artículo 62 del Decreto 01 de 1984, cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, o los recursos interpuestos se hayan decidido, o no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos.

El profesor Jorge Olivera Toro considera que las condiciones de ejecutoriedad de los actos administrativos son:

"a) La existencia de un acto administrativo;

b) Que ese acto sea perfecto;

c) Que tenga condiciones de exigibilidad, es decir, que sea capaz de producir efectos jurídicos, que sea ejecutivo, y

d) Que ordene positiva o negativamente al particular y éste no lo acate voluntariamente.

Los fundamentos de la ejecutoriedad del acto administrativo son de carácter político y jurídico.

El primero deriva de la urgencia de la satisfacción de las necesidades sociales que la administración debe atender, las cuales no permiten demora de ninguna naturaleza. Los intereses generales no pueden tener obstáculo o retrao en su satisfacción.

El segundo de los fundamentos, o sea el jurídico, radica en la presunción de legitimidad que tiene el acto administrativo, presunción "juris tantum", o sea, que admite prueba en contrario" [6].

---

6. OLIVERA TORO, Jorge. Manual de Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, México, 1976, pág. 190.

Así mismo, el profesor José Roberto Dromi al referirse a la ejecutoriedad de los actos administrativos, señala:

"La ejecutoriedad puede considerarse como una manifestación especial de la eficacia de los actos administrativos, en cuanto estos imponen deberes o restricciones a los administrados, que pueden ser realizados aun contra la voluntad de ellos, por medio de los órganos administrativos" [7].

Los actos administrativos, por regla general, son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o declarados nulos por la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello la norma demandada comienza por señalar que *"Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo"*. La pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, ocurre de manera excepcional, de conformidad con las causales establecidas por la ley, y en particular por el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, parcialmente acusado.

De esta manera, el citado precepto consagra por una parte la obligatoriedad de los actos administrativos como regla general *"salvo norma expresa en contrario"*, y como excepciones la pérdida de fuerza ejecutoria, por suspensión provisional, por desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, eventos denominados por la jurisprudencia y la doctrina, el decaimiento del acto administrativo; por el transcurso del tiempo, es decir cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la Administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; por cumplimiento de la condición resolutoria a que esté sometido; y cuando pierdan su vigencia (vencimiento del plazo).

Procede entonces analizar cada una de las causales de fuerza ejecutoria de que trata el artículo 66 del C.C.A., materia de la presente demanda.

1. Suspensión provisional del acto administrativo

La suspensión provisional se encuentra consagrada en la Constitución Política de 1991 (artículo 238), en los siguientes términos:

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establece la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

---

7. DROMI, José Roberto. Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 145 y 146.

El precepto mencionado tuvo como antecedente el Acto Legislativo No. 1 de 1945, artículo 42, que correspondía al artículo 193 de la Constitución derogada, según el cual "*La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.*"

En desarrollo de dicho precepto constitucional, los artículos 152 a 154 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.) subrogados por los artículos 31 y 32 del Decreto 2304 de 1989 determinaron las reglas para la suspensión de los efectos de los actos administrativos por parte del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos.

Al respecto el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989 dispone que el Consejo de Estado o los tribunales administrativos podrán suspender los efectos de un acto mediante las siguientes reglas:

"*1. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.*

2. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

3. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida."

Así pues, la suspensión provisional es una declaración judicial atribuída por la Constitución Política a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Si al demandarse la nulidad de un acto administrativo, el actor solicita la suspensión provisional, por considerarlo contrario al ordenamiento jurídico superior al cual debe sujetarse, y el juez de lo contencioso administrativo la decreta, aquel, pierde su fuerza ejecutoria en forma temporal hasta tanto haya un pronunciamiento definitivo sobre la legalidad o ilegalidad del mismo, es decir, que los efectos no rigen, en forma tal que la Administración no puede aplicarlos, ni son oponibles.

La doctrina de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, ha expresado, en cuanto a los efectos jurídicos de la suspensión provisional, lo siguiente:

"*Considerada en abstracto, la suspensión provisional dice relación a la inaplicabilidad del acto, por cuanto al quedar desvirtuada su presunción de legalidad, se hizo posible la orden de no darle efectividad.*

...

Es cierto que la sentencia definitiva puede absorber los efectos de la suspensión provisional, pero también hacer cesar tales efectos, en cuanto no prospere la acción de nulidad; se entiende que la inaplicabilidad del acto suspendido sólo puede ser transitoria, mientras no sea anulado o declarado válido definitivamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Cuando se produce la decisión definitiva cesa la situación de provisionalidad creada por el auto de suspensión, de manera que ***si el acto acusado no se anula recobra su eficacia temporalmente suspendida y si, por el contrario, se declara nulo, definitivamente desaparece.****(subrayado fuera del texto)*

...

La suspensión provisional, si no implica insubsistencia del acto, es un juzgamiento provisional del mismo, mientras se profiere sentencia que decida si infringe o no las disposiciones de jerarquía superior invocadas en la demanda. Por consiguiente, con la misma provisionalidad, esta medida cautelar tiene efectos ex tunc, desde cuando el acto tuvo vigencia, no idénticos, pero semejantes a los de la sentencia que declare su nulidad. Se diferencia en que, mientras ésta es definitiva, aquella es temporal o transitoria..."[8].

Esta Corporación considera que la suspensión provisional del acto administrativo, en los términos del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A), acusado, que consagra la suspensión provisional de los actos administrativos por pérdida de su fuerza ejecutoria, está en consonancia con el precepto constitucional (artículo 238), según el cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo "podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial", en forma directa.

Igual situación se configura cuando el interesado se oponga por escrito a la ejecución del respectivo acto, alegando la pérdida de fuerza ejecutoria, pues en tal caso si quien lo produjo la suspende, es el juez contencioso administrativo el llamado a conocer de la respectiva acción, con las medidas provisionales que pueda adoptar en desarrollo de la misma disposición constitucional.

---

8. Consejo de Estado, Sala de Consulta y de Servicio Civil. Concepto del 24 de abril de 1981.

Por ello, a juicio de la Corte, no aparece quebrantamiento alguno de las normas constitucionales respectivas, por lo que el precepto acusado que establece la causal de pérdida de fuerza ejecutoria por suspensión provisional, se declarará exequible.

En cuanto hace relación al numeral 2° sobre pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo "*cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho*", igualmente demandado, es decir, cuando ya no existen las circunstancia de modo, tiempo y lugar que le sirvieron de base, o cuando las normas jurídicas sobre las cuales se fundaba, han desaparecido del ordenamiento jurídico, debe observarse en primer término, que esta causal en nada contraría el artículo 238 de la Constitución Política, pues este precepto se refiere a un tema completamente distinto, como lo es el de la suspensión provisional por parte de la jurisdicción contencioso administrativa con respecto a los actos de la administración.

Tampoco riñe con los artículos 189 y 209 de la Carta Política, invocados en la demanda, por cuanto dichos preceptos versan sobre la potestad reglamentaria del Presidente de la República para la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, y a la función administrativa encaminada a orientar la actividad administrativa para la observancia de los fines del Estado.

Lejos de contrariar las normas constitucionales en que se apoya la demanda, la Administración Pública tiene un control interno que se ejerce en los términos que señale la ley, de manera que el legislador está facultado por la Constitución (artículo 209) para consagrar causales excepcionales a través de las cuales la misma Administración puede hacer cesar los efectos de los actos administrativos, como ocurre cuando desaparecen los fundamentos de hecho o de derecho del mismo acto administrativo, sin que haya lugar a que al erigirse ésta pueda desprenderse quebrantamiento constitucional alguno, lo que da lugar a considerar que el cargo mencionado no está llamado a prosperar.

La jurisdicción contencioso administrativa se ha pronunciado en varias oportunidades en relación con el decaimiento de un acto administrativo que se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparece del escenario jurídico, como lo ha reconocido la ley, la jurisprudencia y la doctrina nacional.

El Consejo de Estado ha expresado en relación con la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, y particularmente en lo relativo al decaimiento del acto administrativo, lo siguiente:

"La doctrina foránea, y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo; b) declaratoria de inexequibilidad de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los países donde ello existe; c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta." [9]

De esta manera, cuando se declara la inexequibilidad de una norma legal en que se funda un acto administrativo se produce la extinción y fuerza ejecutoria del mismo, pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que "salvo norma expresa en contrario", en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexequibilidad del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo.

Referente a la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos "cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos" y "cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto", de que tratan los numerales 3° y 4° del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, materia de la demanda, estima la Corporación que dichas causales se ajustan al mandato contenido en el artículo 209 de la Carta Política, según el cual la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, correspondiendo a las autoridades administrativas coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

---

9. Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 1o. de agosto de 1991. Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

En la misma norma se predica que la administración pública, en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley lo cual permite consagrar causales legales de cesación de los efectos de los actos de la administración, como las anotadas anteriormente.

El criterio según el cual los casos mencionados de pérdida de fuerza ejecutoria no son adoptados la mayoría de las veces, por quien tiene la potestad de suspender o anular el acto respectivo, como lo es la jurisdicción de lo contencioso administrativa no implica que con ello se infrinja precepto constitucional alguno, ya que por el contrario el título al cual corresponde la norma demandada se refiere a la conclusión de los procedimientos administrativos, lo que da lugar a considerar que dichas causales legales son procedentes dentro de la actuación administrativa.

A lo anterior resulta importante agregar que la decisión adoptada por la administración en aplicación de cualquiera de las causales de que trata la norma acusada, es susceptible de ser demandada ante la misma jurisdicción contencioso administrativa dentro de la oportunidad legal correspondiente, lo que garantiza la tutela del orden jurídico y el restablecimiento de los derechos de los particulares que puedan ser lesionados en virtud de la expedición del acto sobre pérdida de fuerza ejecutoria por parte de la administración, cuando este se haga necesario.

De otro lado, la Sala comparte el concepto suscrito por el Señor Procurador General de la Nación cuando expresa que la administración no cumpliría con los fines que le corresponden dentro de la función administrativa en beneficio de los intereses generales "cuando advertida objetivamente la causa por la cual el acto se ha tornado ineficaz, debiera esta acudir necesariamente e ineludiblemente, en espera de una decisión que no precisa de debate judicial alguno"... "piénsese solamente en el caso que se generaría si la administración debiera esperar que la jurisdicción contencioso administrativa decidiera, en el clásico ejemplo del tratadista Sayagues Laso, sobre el nombramiento de un funcionario que requiere necesariamente la calidad de ciudadano y con posterioridad a su nombramiento éste la pierde, caso en el cual la administración se limita a constatar que ha operado la desinvestidura sin requerir del largo ritual de un proceso contencioso administrativo.

Finalmente cabe advertir que la causal de pérdida de fuerza ejecutoria cuando no se realizan los actos que correspondan para ejecutarlos, constituye ciertamente una garantía de los particulares, frente a la desidia por parte de la administración para poner en ejecución sus propios actos.

En relación con la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos "cuando pierdan su vigencia", en virtud de su derogatoria, cabe anotar que si la norma ha dejado de regir ante una situación de sustracción, deja de ser

aplicable por la administración y por consiguiente pierde el carácter obligatorio para los asociados.

Sobre este punto también ha expresado el Consejo de Estado lo siguiente:

"Estando pues, ante una situación de sustracción de norma por derogatoria expresa no encuentra la Sala razón lógica valedera para pronunciar fallo sustancial sobre una norma que ha dejado de regir, ni mucho menos sobre la que la derogó, así esta se ocupara materialmente de lo dispuesto por la primera, por cuanto no ha sido objeto de litis, controversia ni impugnación como lo establece nuestro sistema legal".

"Dispone precisamente el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, que los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria, es decir se hacen no aplicables por la administración ni sujetos de cumplimiento por los asociados, cuando entre otras taxativas razones, han perdido su vigencia. Para el caso de autos la vigencia del Decreto 2263 de 1984, se ha perdido por derogatoria expresa de norma superior de similar naturaleza".

"La jurisdicción contencioso administrativa (tratándose de actos administrativos), generalmente está llamada a conocer y juzgar la constitucionalidad y legalidad de normas administrativas que gocen de vigencia, consecuentemente se encuentren en plena ejecutoria, en otra palabras sean creadoras o modificadoras, actuales de situaciones jurídicas frente al conglomerado social o ante particulares. La norma que ha perdido su vigencia no se adecúa a estas apreciaciones doctrinales. Todo lo contrario ya no es acto jurídico administrativo. Constituye historia administrativa que cumplió los cometidos invocados en su momento, pero en la actualidad no constituye orden legal. No es legalidad vinculante".

No se observa por parte alguna violación de los preceptos constitucionales en relación con el cargo a que hace referencia la causal mencionada, por las mismas razones expuestas anteriormente, siendo innecesario reiterar los planteamientos descritos.

Por todo lo expuesto, se considera que el artículo 66 del Decreto 01 de 1984 parcialmente acusado, expedido con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, no viola ningún precepto constitucional, sino que por el contrario los desarrolla y se ajusta a ellos, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, en la forma prevista en el artículo 209 de la Constitución Política.

Lo anterior es sin perjuicio del cumplimiento que debe darse al mandato constitucional consagrado en su artículo 4o., según el cual: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se apli-

carán las disposiciones constitucionales", en desarrollo de la supremacía de la norma constitucional y la defensa del orden jurídico superior, de acuerdo con la determinación fijada por la Carta Política de 1991.

Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría.

Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello.

Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexequible, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.).

Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que "en todo caso de incompatilibidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones.

Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en

presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.

Por lo tanto, se declararán exequibles los apartes demandados del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), con la advertencia expresa de la observancia que debe darse al mandato constitucional contenido en el artículo 4o. del mismo ordenamiento.

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

RESUELVE:

DECLARANSE EXEQUIBLES los apartes demandados del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), con la advertencia expresa de la observancia que debe darse al mandato constitucional contenido en el artículo 4°, según el cual "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".

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, 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-071
de febrero 23 de 1995

DEFENSOR DE OFICIO EN PENAL

En asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser un profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras de garantizar al procesado su derecho de defensa. Sin embargo, la Corte no puede desconocer que existen municipios en donde no es posible contar con abogados titulados para que cumplan la labor de defensor de oficio en asuntos penales, lo que causa perjuicio a los procesados, y es por ello que en sentencia SU-044/95, aceptó que en casos excepcionalísimos, se puedan habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico.

TRABAJO FORZOSO / DEFENSOR DE OFICIO - Obligatoriedad / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL - Desarrollo / ABOGACIA - Cargo de forzosa aceptación

Al leer la definición de "trabajo forzoso u obligatorio" contenida en estas disposiciones internacionales, parecería a simple vista que le asiste razón a la accionante, porque el cargo de defensor de oficio a que alude la norma demandada es de forzosa aceptación, la persona no se ha ofrecido voluntariamente a prestarlo, y su no aceptación acarrea sanciones, ya que únicamente permite excusarse en los eventos que allí se indican en forma taxativa. Sin embargo, ello es apenas aparente, porque son esos mismos Tratados y Convenios Internacionales, los que permiten la prestación de ciertos servicios o trabajos que a pesar de considerarse forzosos u obligatorios no lo son. Dentro de ellos se encuentra "el trabajo o servicio (que) forme parte de las obli-

gaciones cívicas normales de los ciudadanos". Se constituye así la norma demandada en pleno desarrollo del principio de solidaridad, contenido en el artículo 1o. de la Constitución, puesto que la defensa de oficio se presta en favor de una persona, que no está en posibilidad de defender sus derechos en el proceso penal que se adelanta en su contra. Además, el sacrificio exigido por la norma a quien se designe abogado de oficio, no excede al que ordinariamente va implícito en el cumplimiento de un deber cualquiera.

Ref.: Expediente No. D-713

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 147 del Decreto 2700 de 1991.

Cargo de defensor de oficio es de forzosa aceptación.

Demandante: Martha Esperanza Romero Hemández

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

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

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Martha Esperanza Romero Hemández en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte que declare inexequible el artículo 147 del Decreto 2700 de 1991, por infringir distintos preceptos del Estatuto Superior.

A la demanda se le imprimió el trámite constitucional y legal estatuído para procesos de esta índole y una vez recibido el concepto fiscal procede la Corporación a decidir.

II. NORMA ACUSADA

El texto del precepto legal que se impugna es el que sigue:

DECRETO 2700 DE 1991

"Por el cual se expiden las normas del procedimiento penal"

"Artículo 147. *Obligatoriedad del cargo de defensor de oficio.* El cargo de defensor de oficio es de forzosa aceptación. En consecuencia, el nombrado estará obligado a aceptar y desempeñar el cargo; sólo podrá excusarse por enfermedad grave o habitual, incompatibilidad de intereses, ser servidor público, o tener a su cargo tres o más defensas de oficio.

El defensor designado de oficio que sin justa causa no cumpla con los deberes que el cargo le impone, será requerido por el funcionario judicial para que lo ejerza o desempeñe, conminándolo con multa hasta de dos salarios mínimos mensuales, que impondrá cada vez que haya renuencia, sin perjuicio de las otras sanciones establecidas en la ley."

III. LA DEMANDA

La demandante considera que la norma acusada infringe los siguientes artículos de la Constitución: el 1o., por desconocer los principios de la dignidad humana y el libre albedrío, "como uno de sus principales baluartes"; el 2o., pues siendo una de las funciones del Estado garantizar la efectividad de los principios constitucionales y "siendo el libre albedrío principio material y espiritual, se vulneraría al establecerse la obligatoriedad del cargo"; el 5o., por cuanto el trabajo debe ser elegido libremente por la persona y remunerado, el 13, porque trata la profesión de abogado en forma discriminatoria, a pesar de existir muchas otras profesiones que también cumplen una función social, ya que los abogados no obstante que deben realizar año de judicatura y consultorio jurídico, una vez obtienen el título se les impone "por el resto de su vida, una prestación gratuita de sus servicios profesionales", so pena de ser sancionados; el 17, por obligar a trabajar a una persona en un cargo de forzosa aceptación "aún contra sus principios" y con la amenaza de ser sancionado si no lo ejerce; el 18, ya que la defensoría de oficio "se hace contra las propias convicciones personales y profesionales del ejercicio de la profesión, y es que el abogado, puede escoger sus clientes"; el 25, por cuanto el trabajo no es elegido por la persona y "no tiene una contraprestación económica de acuerdo a la labor desarrollada y a los principios requeridos en cuanto a conocimientos"; el 53, por "colocar a una persona a trabajar en condiciones indignas e injustas y de otra parte, no tiene una remuneración mínima vital y proporcional a su función y mucho menos tiene en cuenta los gastos de movilización para realizar su trabajo"; el 93, por no tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 6o. y 7o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 6o. de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Convenios 9 y 29 de la OIT, el artículo 230 de la Declaración de Derechos Humanos, y los artículos 282 y 283 de la Constitución Colombiana.

Para terminar, la accionante manifiesta que de acuerdo con la última convocatoria realizada por la Defensoría del Pueblo, un defensor por contrato devengaría nueve millones de pesos, lo que constituye "una desigualdad y una injusticia, porque por igual labor, los abogados de oficio, no reciben ni por el valor de la papelería, transporte, tiempo invertido, descuidando sus propios negocios so pena de ser requeridos y sancionados", por tanto, considera que "no es justo ni equitativo, el que se tenga que nombrar apoderados

de oficio, ni aún en los pueblos, puesto que la defensoría tiene diez regionales, funcionando en el mismo número de departamentos, y quince seccionales, funcionando en ciudades diferentes a aquellas donde existen regionales, que pueden diseñar planes de cobertura municipal, estableciendo que los defensores públicos también lo serán de los municipios".

IV. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación rindió el concepto de rigor por medio del oficio No. 525 de octubre 27 de 1994, el que concluye solicitando a la Corte que declare exequible el precepto demandado.

Son estos algunos de los argumentos en que se fundamentó el citado funcionario, para llegar a esa conclusión:

- Después de hacer un recuento de las distintas normas que consagran el cargo de defensor de oficio, afirma que "la intención del legislador al implementar la Defensoría Pública es profesionalizar y dignificar el cargo de defensor de oficio, por considerar que de esta forma se le da cumplimiento al mandato constitucional de propender por la efectividad de los derechos fundamentales, en especial los relacionados con el debido proceso".

- Al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta, la defensoría de oficio aparece ligada al derecho de defensa, constituyéndose en una garantía para el sindicado, cuando no ha querido o no ha podido designar un defensor durante las etapas de investigación y juzgamiento.

- La obligatoriedad del cargo de defensor de oficio, contrariamente a lo sostenido por la demandante, es consecuente con el contenido de los artículos 25 y 95 de la Ley Fundamental, pues en el primero se consagra el trabajo no sólo como un derecho sino también como una obligación social, lo que comporta la posibilidad de obligar a las personas a ejercer determinadas actividades laborales.

- Si la función social de la abogacía, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 196 de 1971, consiste en "colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia", es deber de la persona que ha escogido libremente la profesión de abogado, contribuir a la realización de una pronta y cumplida justicia, lo que se cumple con el cargo de defensor de oficio. "Siendo así las cosas, no pugna entonces con la Suprema Ley la disposición legal acusada que obliga al abogado a aceptar el cargo de defensor de oficio".

- Al margen de lo expuesto, el Procurador hace otras consideraciones que en cierta forma resultan contradictorias con las antes expuestas, y es así como sostiene que mientras la defensoría pública no logre una cobertura total sigue latente la posibilidad de que el cargo de defensor de oficio sea ejercido por abogados que no pertenecen a ese organismo. Y, "tal como están las cosas habrá desigualdad de trato con el abogado particular que no está adscrito a la defensoría pública y es nombrado defensor de oficio, puesto que a diferencia de los defensores públicos su labor carece de retribución económica; esto se debe a que las normas de procedimiento penal reguladoras de la institución del defensor de oficio no dicen expresamente si el ejercicio del cargo es remunerado, y la praxis da testimonio de ello". Y agrega, que para el sindicado también se puede presentar desigualdad "en la medida en que posiblemente tendrá mejor defensa quien es asistido por un defensor público, que quien lo es por un defensor de oficio particular".

- Entonces "piensa el Procurador que de la obligatoriedad del cargo de defensor de oficio que establece la norma bajo examen, no se puede deducir la gratuidad en la prestación del servicio, máxime cuando este hecho puede tener implicaciones en la calidad de la defensa del sindicado, según se analizó. Eso sí, al sindicado la defensa de oficio no le puede acarrear costo alguno". Si la Constitución le exige al ciudadano en el artículo 95, colaboración con el buen funcionamiento de la administración de justicia, cabe preguntarse si el defensor de oficio que no pertenece a la defensoría "debe soportar la carga económica que le representa la ejecución de esa tarea en forma gratuita" y, también si "puede hablarse de una defensa técnica allí donde no se le proporcionan al abogado los medios indispensables para cumplir con tal alta misión".

- Finalmente, manifiesta que en los medios judiciales se comenta que los defensores de oficio no ejercen una verdadera defensa, situación que ha acarreado la declaratoria de nulidad de varios procesos penales, y ante este hecho "es indispensable que se adopten con urgencia, por parte de las autoridades competentes, medidas tendientes a remediar esa ominosa situación, máxime -se repite- cuando lo que está en juego es el derecho constitucional fundamental de defensa".

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a. Competencia

Esta Corporación es tribunal competente para decidir acerca de la constitucionalidad del precepto legal que se demanda, por tratarse de una disposición que forma parte de un decreto expedido por el Presidente de la Re-

pública en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo transitorio 5-a de la Constitución. (arts. 10 transitorio y 241-5 C.N.)

b. El defensor de oficio

La Constitución Nacional consagra en el artículo 229, el derecho que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia, y autoriza al legislador para establecer los casos en que se puede acudir a ella, sin la representación de abogado.

De otro lado, al regular en el artículo 29 el tema del debido proceso, se refiere expresamente a la institución del defensor de oficio en materia penal, y es así como dispone en el inciso cuarto, que "....Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa *y a la asistencia de un abogado* escogido por él, *o de oficio*, durante la investigación y el juzgamiento;".

Al tenor de lo dispuesto en estos preceptos del Estatuto Superior, en asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser un profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras de garantizar al procesado su derecho de defensa.

Sin embargo, la Corte no puede desconocer que existen municipios en donde no es posible contar con abogados titulados para que cumplan la labor de defensor de oficio en asuntos penales, lo que causa perjuicio a los procesados, y es por ello que en sentencia SU-044/95, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, aceptó que en casos excepcionalísimos, se puedan habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico. Dijo la Corte:

"La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado; solamente en casos excepcionales en que no pueda contarse con abogado titulado puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, (Decreto 196/71, arts. 30, 31 y 32, Decreto 765/77) pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica. Ni siquiera para la indagatoria del imputado es posible prescindir de la asistencia de un defensor cualificado, porque la

indagatoria constituye un acto de defensa del procesado, pues en ella expone las justificaciones y explicaciones de su conducta y de las sindicaciones que se le hagan."

En oportunidad anterior, la Corte también se pronunció sobre el punto de debate, al declarar la inexequibilidad del inciso primero del artículo 374 del Decreto 2550 de 1988, (Código penal Militar), que aludía al cargo de defensor en procesos penales militares, algunos de cuyos apartes es pertinente reiterar:

> "..el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Nacional en forma precisa establece que 'quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...'; al respecto, se considera que es voluntad expresa del Constituyente de 1991, la de asegurar a todas las personas, en el específico ámbito de los elementos que configuran el concepto de debido proceso penal y de derecho de defensa también en el ámbito penal, el respeto pleno al derecho constitucional fundamental a la defensa técnica y dicha voluntad compromete, con carácter imperativo y general, al legislador, a la ley y a los jueces.

Esto significa, que dichas funciones de defensa del sindicado en las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la disposición legal o reglamentaria que lo permita. Además, dicha defensa técnica comprende la absoluta confianza del defendido o la presunción legal de la misma confianza en el caso del reo ausente; en este sentido es claro que el legislador debe asegurar que las labores del defensor sean técnicamente independientes y absolutamente basadas en la idoneidad profesional y personal del defensor.

En verdad lo que quiere el Constituyente no es que se asegure que cualquier persona asista al sindicado en las mencionadas etapas procesales señaladas en el artículo 29; en este sentido sería absurdo que en la Carta se hiciese mención a la figura del profesional específicamente habilitado como abogado para adelantar las delicadas funciones de la defensa, para permitir que el legislador por su cuenta habilite a cualquiera otra persona, o a otro tipo de profesional, para adelantar las labores de la defensa, si éstos no acreditan la mencionada formación.

"Así, el derecho a la defensa técnica como una modalidad específica del debido proceso penal constitucional se aplicará en todo caso en que exista sindicado de un delito, ya que, además, aquella es una regulación categórica

y expresa de carácter normativo y de rango superior en la que se establecen las principales reglas de carácter constitucional que en todo caso deben regir la materia del proceso penal; de manera que todas las disposiciones que sean objeto de regulación contraria deben ceder al vigor superior de la Constitución". (Sent C-592/93, M.P. Fabio Morón Díaz).

En este orden de ideas, la regulación normativa de la figura del defensor en materia penal puede diferir notablemente de la que se adopte para procesos de otra índole, pues allí es requisito indispensable que quien actúe como tal sea "abogado", y sólo lo es quien ha obtenido el título, salvo los casos excepcionales consignados en la sentencia primeramente aludida; mientras que en materia laboral, civil, administrativa, etc., el legislador está autorizado para establecer los casos en que tal condición no se requiere (arts. 29 y 229 C.N.).

Dado que el cargo de defensor de oficio tiene operancia en toda clase de procesos, la Corte en esta ocasión solamente se referirá a esa figura en el campo penal, por ser éste el contenido de la disposición atacada.

Como es de todos sabido, el defensor puede ser escogido libremente por el sindicado y sólo en el evento de que éste no lo designe o no lo quiera designar, podrá el juez de la causa nombrarle uno "de oficio". La labor que ha de cumplir, en uno y otro caso el abogado nombrado, es idéntica, pues ambos se dirigen a defender en derecho a sus representados, tarea que han de cumplir con eficiencia, honestidad y responsabilidad.

c.- La Defensoría Pública

Con la expedición del Decreto 053 de 1987 (enero 13), se creó en el Ministerio de Justicia, una división encargada de prestar el servicio de defensoría pública de oficio, destinado como su nombre lo indica, a atender la defensa de los procesados que carecieren de recursos económicos para nombrar un apoderado y que tuvieren necesidad de ella.

Tal servicio, que pasó a formar parte de la Defensoría del Pueblo, a partir de la vigencia del nuevo Estatuto Supremo, en cuyo artículo 282-4, se le asigna al Defensor del Pueblo la tarea de organizar y dirigir la defensoría pública, en los términos que señale la ley. En desarrollo de este mandato constitucional se dictó la Ley 24 de 1992, la que en el título V, capítulo I, artículos 21 y ss., al regular lo relativo a esa institución, dispone que el servicio de defensoría pública se prestará únicamente en favor de quienes se encuentren en *imposibilidad económica o social* de proveer por sí mismos a la defensa de

sus derechos, con el fin de asumir su representación judicial o extrajudicial. Dicha disposición, a juicio de esta Corporación, garantiza plenamente dos derechos fundamentales: el que tiene todo ciudadano de acceder a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública, y el derecho de defensa.

Se precisa también en la normatividad precitada, que en materia penal tal servicio se prestará a solicitud del imputado, del sindicado o condenado, del Ministerio Público, del funcionario judicial, o por iniciativa del Defensor del Pueblo, cuando lo estime necesario, y la intervención se hará desde la investigación previa.

De conformidad con el artículo 22 de la misma ley, la defensoría pública se ejerce por los abogados que, como defensores públicos, forman parte de la planta de personal de la entidad; por los abogados titulados e inscritos que hayan sido contratados; por los estudiantes de los dos últimos años de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado, pertenecientes a los consultorios jurídicos, dentro de las condiciones previstas en el estatuto de la profesión de abogado; y por los egresados de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado que escojan la prestación gratuita del servicio como defensores públicos, durante nueve (9) meses, como requisito para optar al título de abogados, y de acuerdo con las condiciones previstas en el estatuto de la abogacía. Sin embargo, vale la pena aclarar que como esta norma alude a toda clase de procesos (penales, civiles, laborales, contencioso administrativos), resulta pertinente reiterar que en asuntos penales, la defensa de los sindicados solamente la pueden ejercer los *abogados*, es decir, quienes hayan obtenido el título correspondiente, así que los estudiantes de derecho o egresados que no reúnan esta condición están excluídos para desempeñarse como tales, salvo las excepciones a que alude la sentencia precitada.

Pues bien, el Código de Procedimiento Penal en el artículo 141, prescribe: "Cuando en el lugar donde se adelante la actuación procesal no exista defensor público, o fuere imposible designarlo inmediatamente, se nombrará defensor de oficio".

Quiere esto significar que, por regla general, todos los defensores públicos de oficio tienen que designarse de las listas de abogados titulados de la Defensoría Pública, ya sea que pertenezcan a su planta de personal o hayan sido vinculados por contrato, y que excepcionalmente se permite el nombramiento de abogados que no formen parte de ese organismo, cuando en el lugar donde se adelanta el proceso no exista defensor público o fuere "imposible" designarlo inmediatamente, imposibilidad que ha de ser plenamente justificada.

d.- La norma acusada

En el artículo 147 del Código de Procedimiento Penal, materia de impugnación, se establece la obligatoriedad del cargo de defensor de oficio, y se señalan los casos en que es admisible la no aceptación del mismo, a saber: por enfermedad grave o habitual, por incompatibilidad de intereses, por ser servidor público, o por tener a su cargo tres (3) o más defensas de oficio. Igualmente, se consagran sanciones para quien "sin justa causa" incumpla con los deberes que el cargo le impone, en cuyo evento el funcionario judicial deberá requerirlo, conminándolo con multa hasta de dos (2) salarios mínimos mensuales, que impondrá cada vez que haya renuencia, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley.

Pues bien: la demandante considera que este precepto legal contraría distintos principios constitucionales, entre los cuales cabe destacar el derecho al trabajo, por no ser elegido libremente por la persona, el principio de igualdad, pues se acuerda un trato discriminatorio desventajoso para los abogados con respecto a los demás profesionales; los Convenios 29 y 105 de la OIT y la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohiben el trabajo forzoso u obligatorio, criterio que no comparte la Corte por las razones que se exponen a continuación.

e.- El trabajo forzoso

El Convenio No. 29 de la Organización Intemacional del Trabajo, adoptado en el año de 1930, y aprobado por Colombia mediante la Ley 23 de 1967, define en el artículo 2o. numeral 1o., el trabajo forzoso u obligatorio, en los siguientes términos: "....todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente"

Y en el literal e) de la misma norma prescribe, que la expresión trabajo forzoso u obligatorio No comprende: cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre servicio militar obligatorio y que tenga carácter puramente militar; b) *cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;* c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial; d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, (guerra, siniestros incendios, inundaciones, temblores de tierra, epidemias, etc); e) los pequeños trabajos comunales.

En el Convenio No. 105 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por Colombia por medio de la Ley 54 de 1962, se ordena, en el artículo 1o., a todos los países miembros suprimir y no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) como medio de coerción o de educación política o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas, por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas; y e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religioso.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en nuestro país, por la Ley 74 de 1968, se consagra en el artículo 8o. numeral 3-a lo siguiente: "Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de esa clase impuesta por un tribunal competente: c) No se considerarán como trabajo forzoso u obligatorio, a los efectos de este párrafo: I) los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión, se encuentre en libertad condicional; II) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia; III) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; IV) *el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales*". (resalta la Corte).

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", se consagra en el numeral 2o. del artículo 6o.: "Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluído". No. 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluída en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañís o personas jurídicas de carácter

privado; b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c) el servicio impuesto en caso de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d) *el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales*". (lo destacado es de la Corte)

Pues bien: al leer la definición de "trabajo forzoso u obligatorio" contenida en estas disposiciones internacionales, parecería a simple vista que le asiste razón a la accionante, porque el cargo de defensor de oficio a que alude la norma demandada es de forzosa aceptación, la persona no se ha ofrecido voluntariamente a prestarlo, y su no aceptación acarrea sanciones, ya que únicamente permite excusarse en los eventos que allí se indican en forma taxativa. Sin embargo, ello es apenas aparente, porque son esos mismos Tratados y Convenios Internacionales, los que permiten la prestación de ciertos servicios o trabajos que a pesar de considerarse forzosos u obligatorios no lo son. Dentro de ellos se encuentra "*el trabajo o servicio (que) forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos*", como es el caso de debate.

En efecto, si conforme al artículo 95-7 de la Carta Política, es deber cívico de todo ciudadano "Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia", con mayor razón lo es del abogado, quien dada su misión de "defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares", tiene además una labor social que cumplir, la cual fue definida por el legislador así: "la abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia" (arts. 1 y 2 Decreto 196/71).

Entonces, resulta congruente con esos mandatos que se exija su colaboración con la justicia, desempeñándose como defensor de oficio en asuntos penales, cargo que como ya se ha reiterado, vendría a ser excepcional, pues corresponde ejercerlo a los abogados de la Defensoría del Pueblo y sólo en el evento de que no exista defensor público en el lugar donde se adelante el proceso, o no sea posible designarlo inmediatamente, se podrá nombrar a un abogado ajeno a ese organismo, esto es, un particular.

Es conveniente subrayar que quien ejerce las funciones de defensor de oficio no sufre una injusta discriminación con respecto a quienes reciben por el desempeño del cargo alguna remuneración. Las condiciones excepcionales que justifican su nombramiento -imposibilidad de hecho de que sea ejercida la defensa a cambio de una contraprestación económica-, determinan que, en beneficio del procesado carente de recursos y del debido proce-

so, se exija de quien ejerce una profesión a la que es inherente un sentido social y humanitario, que haga un pequeño sacrificio en aras de la recta administración de justicia que está llamado a servir.

Es que dentro de una filosofía solidarista como la que informa a la Constitución colombiana, no siempre las cargas que la conducta altruista implica deben ser asumidas por el Estado. Exigir como obligatoria una prestación que redunda en beneficio social y que no es excesivamente onerosa para quien la rinde, está en armonía con los valores que inspiran nuestra Carta. Claro está que los recursos presupuestales de que dispone la Defensoría del Pueblo, deben ser distribuídos de manera equitativa y eficiente, de tal suerte que la apelación al defensor de oficio sea una situación realmente justificada y excepcional.

Resulta también pertinente anotar que, además de las causales de excusa para desempeñar el cargo, enumeradas expresamente en el artículo 147 del decreto, puede el juez admitir, con un criterio de razonabilidad, otras que estime fundadas y que, de ser desechadas, pudieran incidir negativamente en la defensa del procesado o resultar violatorias de algún derecho fundamental de la persona designada. Sería el caso, verbigratia, de alguien que habiendo sido víctima de un delito que, por esa razón, le produce especial repugnancia, fuera obligado a defender a una persona que incurrió en una conducta significativamente análoga.

Se constituye así la norma demandada en pleno desarrollo del principio de solidaridad, contenido en el artículo 1o. de la Constitución, puesto que la defensa de oficio se presta en favor de una persona, que no está en posibilidad de defender sus derechos en el proceso penal que se adelanta en su contra. Además, el sacrificio exigido por la norma a quien se designe abogado de oficio, no excede al que ordinariamente va implícito en el cumplimiento de un deber cualquiera.

Por estas razones, considera la Corte que el artículo 147 del Decreto 2700 de 1991, materia de impugnación, no vulnera las normas constitucionales citadas por la demandante, ni ninguna otra del Estatuto Superior.

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el articulo 147 del Decreto 2700 de 1991 -Código de Procedimiento Penal-.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-072
de febrero 23 de 1995

COSA JUZGADA RELATIVA

Teniendo en cuenta que en la providencia citada tan sólo se hizo referencia a un aspecto concreto, que versa sobre el examen de constitucionalidad de la ley acusada por vicios de forma -en cuanto a no haberse tramitado y expedido como ley estatutaria-, la cosa juzgada que se consignó en dicho proceso no es absoluta, por cuanto el estudio respectivo no cobijó la totalidad de los motivos de acusación en relación con la ley acusada y el ordenamiento constitucional.

PROYECTO DE LEY - Trámite preferencial

La interpretación de los demandantes en relación con el trámite preferencial, no se ajusta al ordenamiento constitucional y legal del procedimiento de formación de las leyes, pues las irregularidades en que se incurra o que surjan en la discusión y aprobación de un proyecto de ley no pueden afectar otros proyectos de ley, sino que únicamente son predicables para el mismo. Por lo tanto, cuando los demandantes señalan que se violó la Constitución y el Reglamento del Congreso -Ley 5a. de 1992- por no darle trámite preferencial al proyecto de Ley No. 176 de 1992, la acusación y los cargos que se presentan deben estar dirigidos exclusivamente contra el procedimiento de formación de dicho proyecto y no contra los demás, como lo pretenden en relación con el No. 155/92.

PROYECTO DE LEY - Requisito para que sea ley

Para que un proyecto sea ley, a saber: 1) la publicación oficial por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva; 2) la aprobación en

primer debate en las comisiones permanentes de cada Cámara; 3) la aprobación en segundo debate en cada Cámara, y 4) la sanción del Gobierno.

PROYECTO DE LEY - Acumulación

Es claro para la Corte que no es procedente el cargo formulado por los demandantes respecto a la presunta violación de los artículos 53 y 157 de la Constitución Política en el trámite del proyecto de Ley No. 155 de 1992, por cuanto la acumulación legislativa no sólo no constituye uno de los presupuestos esenciales en el proceso de formación de una ley -artículo 157 CP.-, sino que además las normas de la Ley 5a. de 1992 -artículos 151 y 152- que se refieren a la materia, la consagran como una facultad potestativa del ponente inicial o de los presidentes de las Cámaras o si se reúne el presupuesto fundamental, de que o bien los proyectos que se pretendan acumular estén en trámite o que cursen en forma simultánea, siempre y cuando no se haya rendido el informe respectivo por parte del ponente inicial, o no se hubiese presentado ponencia para primer debate.

COMISION DE SEGURIDAD SOCIAL - Presentación de propuestas

Las propuestas de la Comisión no tienen carácter obligatorio, pues la disposición mencionada no se lo atribuye. Tampoco significa que si no se elaboraba la propuesta dentro del término de los ciento ochenta (180) días de que trata la norma en comento, el Gobierno quedara impedido para presentar el proyecto de ley sobre la materia. La iniciativa radica en el Gobierno quien está constitucionalmente habilitado para presentar a consideración del Congreso los proyectos de ley sobre seguridad social, no obstante la cual, la Comisión "podrá presentar una propuesta que le sirva de base al Gobierno en la elaboración de su proyecto".

Ref.: Proceso No. D - 612.

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 100 de 1993, "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones."

Actores: Alirio Uribe Muñoz y María Paulina Borraz.

Tema: Trámite de la ley de seguridad social como ley estatutaria - De la cosa juzgada relativa.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Aprobada por Acta No. 06 de Febrero 23 de 1995.

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

I. ANTECEDENTES

Procede la Corte Constitucional a resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Alirio Uribe Muñoz y María Paulina Ruiz Borraz, contra la Ley 100 de 1993, por haberse tramitado como ley ordinaria.

Al proveer sobre su admisión, el Magistrado Sustanciador ordenó que se fijara en lista el negocio en la Secretaría General por el término de diez (10) días, para asegurar la intervención ciudadana; se enviara copia de la demanda al 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 y a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social, a fin de que si lo estimaren oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de la ley impugnada.

Cumplidos como se encuentran los requisitos que para esta clase de asuntos contemplan la Constitución Política y el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a decidir.

II. LA LEY ACUSADA

Teniendo en cuenta que se demanda la todalidad de la Ley 100 de 1993, y que ya fue publicado su texto se omite su transcripción (Sent, C-408/94).

III. LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Los actores consideran que la ley acusada vulnera la Constitución, con fundamento en las siguientes cargos:

Primer Cargo: La Ley 100 de 1993 debió ser objeto de ley estatutaria.

Estiman que la Ley 100 de 1993 viola los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, por cuanto para su aprobación se requiere la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, es decir, la mitad más uno; igualmente, señalan que el trámite debe darse en una misma legislatura y debe tener una revisión previa por parte de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad del proyecto, tanto por vicios de fondo como de forma -artículo 241 numeral 8o. de la Carta-.

En el caso de la ley mencionada, indican que ésta no se aprobó con el número de votos que exige la Constitución para las leyes estatutarias, ni se hizo en una sola legislatura por cuanto su trámite se inició en septiembre de 1992 mediante el proyecto de Ley 155 presentado por el Gobierno Nacional, es decir, en la legislatura que vencía el 20 de junio de 1993 y ella fue aprobada en la legislatura siguiente, exactamente el 20 de diciembre de 1993. Lue-

go, el 23 de diciembre fue sancionada por el Presidente de la República sin haberse efectuado el control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

A su juicio, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la seguridad social es un derecho fundamental y consecuencialmente se debe regular mediante una ley estatutaria y no a través de una ley ordinaria como la impugnada, por lo que deberá ser declarada inexequible en su totalidad.

Consideran que al acusar de inconstitucionalidad la Ley 100 de 1993 por no regularse mediante una ley estatutaria, es claro para los demandantes que por ser un sistema integral, no puede sobrevivir parcialmente la norma, por lo que está viciada en su totalidad.

Así mismo, sostienen que se viola el artículo 163 constitucional, en concordancia con la Ley 5a. de 1992 -Reglamento del Congreso-, la cual en su artículo 191 prevé los trámites que se deben dar a una ley cuando se ha solicitado trámite de urgencia por parte del gobiemo, ya que no se cumplió lo preceptuado en la norma citada.

Segundo Cargo: No haberle dado aplicación preferencial al trámite del proyecto de iniciativa popular sobre el Estatuto del Trabajo.

Señalan los demandantes, que de no prosperar el cargo anterior, debe tenerse en cuenta que el trámite de la ley impugnada está viciado y hace inconstitucional dicha ley por cuanto se violan los artículos 155 y 163 de la Constitución y la Ley 5a. de 1992, ya que estas normas le dan un tratamiento preferencial a los proyectos de ley que tienen iniciativa popular, concretamente al proyecto de Ley 172, conocido como el "Estatuto del Trabajo", el cual desplazaba conforme a las referidas normas, cualquier iniciativa legislativa hasta tanto se le diera tramite a dicho proyecto.

Concluyen en este punto, que si el proyecto de Ley No. 172 tiene un trámite preferencial por mandato constitucional y por el Reglamento del Congreso, ha debido suspenderse el trámite de los demás proyectos de ley, incluído el número 155 que dió origen a la Ley 100 de 1993, hasta tanto no se decidiera el proyecto de iniciativa popular, lo cual constituye una flagrante violación constitucional que hace inconstitucional la norma impugnada por vicios de forma.

Tercer Cargo: No acumulación de los proyectos sobre seguridad social - presentado por ASMEDAS - y el proyecto que regula el Estatuto del Trabajo, al proyecto de Ley No. 155 de 1992, presentado por el Gobierno Nacional.

Consideran los actores que en el trámite de la Ley 100 de 1993, se desconoció lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que impone al Congreso el deber de que a través de una ley estatutaria se expida el Estatuto del Trabajo, el cual debe regular, entre otros, los derechos fundamentales de los trabajadores a la estabilidad en el empleo, a la favorabilidad penal e interpretativa, así como la aplicación del derecho internacional del trabajo - O.I.T.- y la seguridad social.

Señalan que se desconoció el artículo 157 superior sobre trámite de la ley desarrollado por la Ley 5a. de 1992, en la medida en que simultáneamente cursaban en el Congreso tres proyectos de ley referidos al tema de la seguridad social, a saber: el No. 155, presentado por el Gobierno Nacional en septiembre de 1992; el No. 176, denominado "Estatuto del Trabajo", presentado el 26 de noviembre de 1992 y el No. 248, presentado por el Senador Araujo Noguera el 15 de diciembre del mismo año.

De esa manera, estiman que el legislador inaplicando la ley y el Reglamento del Congreso, violó en forma flagrante la Constitución y la Ley 5a. de 1992 que regulan el trámite de las leyes, al dejar de tramitar en forma acumulada los referidos proyectos, que de haberse hecho, el proyecto matriz era el Estatuto del Trabajo ya que tenía rango de ley estatutaria y era de iniciativa popular, y que además desarrollaba íntegramente el artículo 53 de la Carta Política, por lo que tenía prevalencia sobre los demás proyectos de ley.

Finalmente, señalan que el Congreso con grave violación de la Constitución y la ley, optó por dar trámite únicamente al proyecto de ley del Gobierno Nacional, que culminó con la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual está viciada por lo tanto, de inconstitucionalidad formal.

Cuarto Cargo: No tener en cuenta lo establecido sobre concertación con trabajadores y otros sectores sociales.

A juicio de los actores, el Gobierno debió tener en cuenta las propuestas concertadas de la Comisión de Seguridad Social creada por el artículo transitorio 57 de la Constitución Política, lo cual se hizo quebrantando la voluntad del constituyente y presentando una propuesta unilateral que no recogió las aspiraciones de los sectores sociales que tenían el derecho de llevar a ella sus propuestas y reivindicaciones en materia de seguridad social: "*todas estas voces fueron silenciadas por el Gobierno Nacional afectando la constitucionalidad de la ley en sentido material*".

IV. INTERVENCION DE AUTORIDAD PUBLICA

Durante el término de fijación en lista, el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social por conducto de apoderado, intervino en el proceso de la refe-

rencia, con el propósito de defender la constitucionalidad de las normas acusadas, pues en su criterio no contravienen precepto alguno de la Carta Política.

El citado profesional se refiere a cada uno de los cargos formulados por los actores, de la siguiente manera:

a) De las leyes estatutarias

Considera que la Ley 100, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, tiene como fundamento la competencia legislativa ordinaria de que trata el artículo 150, numeral 23 de la Constitución, relativa a la regulación de la prestación de un servicio público como es el de la seguridad social, según definición del artículo 48 superior. En otras palabras, la Ley 100 regula la seguridad social en cuanto hace relación a la calidad del servicio público, sin ocuparse de fijar el contenido y alcance del derecho irrenunciable a la seguridad social a que se refiere el inciso 2o. del artículo 48 de la Carta.

Por lo tanto, como la Ley 100 crea el Sistema de Seguridad Social Integral, esto es, regula las obligaciones de las instituciones que prestan el servicio público con fundamento en el artículo 150-23, no constituye una regulación excepcional de desarrollo constitucional que deba someterse al trámite de ley estatutaria, como erróneamente lo pretenden los actores.

b) Prelación de proyectos de iniciativa popular

Los demandantes reclaman la declaración de inconstitucionalidad de la ley, con el argumento de que coetáneamente se tramitaba en el Congreso un proyecto de ley de iniciativa popular relativo al Estatuto del Trabajo, el cual a su juicio debía tramitarse de conformidad con el artículo 163 de la Constitución Política.

Este argumento en criterio del apoderado del Ministerio del Trabajo, resulta inconsistente al pretender que un vicio de procedimiento de otro proyecto -la iniciativa popular- afecte el trámite de normas diferentes. En caso de aceptarse el cargo formulado por los demandantes, todas las leyes tramitadas con posterioridad a la mencionada iniciativa popular resultarían viciadas en su procedimiento por no haber sido elaboradas previa prelación del citado proyecto de ley.

El principio de pertinencia indica que los vicios de procedimiento en la formación de la ley sólo deben predicarse respecto de la disposición correspondiente, sin que puedan afectar la formación de otras normas.

De otra parte, señala que la Ley 100 tiene su origen en una iniciativa gubernamental tramitada de conformidad con la Constitución y la ley orgánica del Congreso, razón por la cual no puede imputársele un vicio de prelación o procedimiento. En otras palabras, en su criterio el trámite de cada proyecto de ley es autónomo, por lo que la alegada prelación del proyecto de ley de iniciativa popular no puede afectar la constitucionalidad de otro proyecto adelantado conforme a las normas a que debe sujetarse.

3. De la Comisión de Seguridad Social

Considera que las propuestas de la Comisión a que se refiere el artículo transitorio 57 de la Constitución no tienen carácter obligatorio o vinculante, pues la norma superior no se lo atribuye en forma alguna. No obstante, señala que el Gobierno recogió gran parte de sus sugerencias, cumpliendo de esa manera lo ordenado por el artículo ibídem.

4. La acumulación

Indica que la Constitución no consagra dentro de los requisitos de existencia y validez de la ley, la ritualidad de la acumulación. Teniendo en cuenta que en este caso los proyectos -el de seguridad social y el estatuto del trabajo- no versaban sobre materias similares sino sobre temas conexos, pues una cosa es el Estatuto del Trabajo y la prestación de servicios de salud y otra muy distinta es la regulación del servicio público de la seguridad social, no debe prosperar el cargo formulado por los demandantes.

Finalmente, considera que si se aceptara la identidad de materia, el artículo 152 de la Ley 5a. de 1992 establece que los proyectos que cursen simultáneamente "podrán" acumularse por decisión de sus presidentes, siempre que no haya sido presentada ponencia para primer debate. Así, esta norma es clara en establecer la acumulación como una facultad potestativa y no obligatoria; además, la acumulación sólo podría ocurrir en caso de no haberse presentado la ponencia para primer debate.

V. INTERVENCION CIUDADANA

El ciudadano Jesús Vallejo Mejía interviene en el presente proceso en ejercicio del derecho que le asiste para impugnar la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra la Ley 100 de 1993, con base en las siguientes consideraciones:

a) En relación con el **primer cargo,** estima que según la doctrina de la Corte Constitucional, no toda ley que regule derechos fundamentales debe

tramitarse como estatutaria sino sólo las que lo hagan en forma general y centrándose en los principios, pues las que entren en aspectos de detalle pueden ser ordinarias; igualmente, que al deferir el artículo 48 de la Constitución la regulación de la seguridad social a la ley sin otro calificativo, debe entenderse que asignó competencia en esta materia a la ley ordinaria; y que finalmente, la seguridad social es, de acuerdo con la misma disposición, un servicio público cuya regulación corresponde a la ley ordinaria de conformidad con los artículos 150-23 y 365 del ordenamiento superior.

Respecto a la violación del artículo 163 constitucional, en armonía con el artículo 191 de la Ley 5a. de 1992, los demandantes no concretan el cargo pues se limitan a afirmar que en el trámite del proyecto no se cumplió lo preceptuado en ellos, sin especificar cuál fue el requisito que se omitió.

De todas maneras, considera que al no decidir la respectiva Cámara dentro del plazo de 30 días sobre un proyecto urgido por el gobierno o el no otorgarle prelación en el orden del día ante la insistencia del mismo, mal puede configurar vicio de procedimiento en la formación de la ley.

El término que trae el artículo 163 superior, señala, no puede ser preclusivo pues si lo fuera, el efecto que produciría sería contrario al que se busca con la norma ibídem, la cual aspira a que los proyectos con mensaje de urgencia se decidan rápidamente, y no a que desaparezcan de la vida jurídica.

Las acusaciones por vicios procedimentales deben referirse a asuntos claves, como la iniciativa o aquellos que taxativamente establece el artículo 157 de la Carta para que un proyecto sea ley.

b) Respecto al **segundo cargo**, estima que según la tesis de los demandantes, frente a una iniciativa legislativa de origen popular debe interrumpirse el trámite de los demás proyectos de ley mientras se evacúa aquella, habida consideración de la urgencia que debe imprimirse en su procedimiento.

A juicio de los intervinientes, esta es una interpretación exagerada de los artículos 155 y 163 de la Carta, pues mal pueden las irregularidades en que incurra el Congreso al tramitar un proyecto surgido de la iniciativa popular, afectar la formación de otros. Cuando el numeral 4o. del artículo 241 de la Constitución atribuye a la Corte Constitucional la atribución de declarar la inconstitucionalidad de una ley por vicios de procedimiento, expresamente los refiere a su formación, esto es, al trámite de la ley acusada y no al de otras, así estas sean de mayor importancia.

c) En cuanto al cargo de la no acumulación de los tres proyectos de ley que se relacionaban con la seguridad social, considera que el no haber dis-

puesto su acumulación no los invalida, pues el artículo 157 de la Carta reduce los requisitos de trámite indispensables para que un proyecto sea ley, a que haya sido publicado oficialmente en la oportunidad debida, a que haya sido aprobado en primer debate en las correspondientes comisiones y en segundo debate en cada Cámara, y a que el Gobierno lo haya sancionado.

Respecto al argumento según el cual el proyecto que se convirtió en la Ley 100 de 1993 se debió acumular al proyecto que cursaba simultáneamente sobre el Estatuto del Trabajo, señala que el artículo 48 de la Constitución defirió esta materia al legislador ordinario, por lo que lo único que es tema de dicho estatuto, es la garantía de la seguridad social para los trabajadores, pero no necesariamente la regulación íntegra del asunto.

d) Por último, manifiesta que la interpretación que se da al artículo transitorio 57 de la Constitución es excesiva, pues se pretende que por no haber elaborado esa Comisión dentro del plazo de 180 días que le fijó la Carta, una propuesta para desarrollar las normas sobre seguridad social, quedó privado el gobierno de toda iniciativa al respecto e impedido el Congreso para tramitar proyectos diferentes de los que de ahí emanaran.

En su concepto, esa Comisión no cumplió su propósito, pues la norma le fijó un término de 180 días que empezaron a contarse a partir del 4 de julio de 1991 para elaborar la respectiva propuesta, por lo que al no haberlo efectuado el Gobierno y el Congreso recuperaron la plenitud de sus poderes.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Vice Procurador General de la Nación, doctor Orlando Solano Barcenas, mediante oficio número 528 del 2 de noviembre de 1994, envió a esta Corte dentro del término que señala el artículo 7o. del Decreto 2067 de 1991, el concepto de rigor en relación con la demanda que se estudia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, solicitando: a) estarse a lo resuelto en la sentencia No. C-408 de 1994, en cuanto a que el contenido de la Ley 100 de 1993 no corresponde ni debe hacer parte de una ley estatutaria; b) declarar la exequibilidad de la ley, por cuanto en su tramitación no se desconoció lo dispuesto en los artículos 155 y 57 transitorio de la Constitución Política.

Fundamenta su solicitud en las siguientes razones:

a) En relación con el primer cargo, según el cual se cuestiona la totalidad de la Ley 100 por no haberse tramitado como ley estatutaria, considera el señor Viceprocurador que como este asunto ya fue definido por la Corte

Constitucional en la sentencia No. C-408 de 1994, en la que se declaró la exequibilidad de la ley, debe estarse a lo resuelto en la mencionada providencia.

b) Respecto de la supuesta omisión al trámite preferencial, que se le debió haber dado a la discusión del proyecto de Ley No. 176 Cámara/92, de iniciativa popular atinente al Estatuto del Trabajo, estima el representante del Ministerio Público que este cargo no debe prosperar, ya que al analizar lo relacionado con el trámite preferencial -artículo 192 de la Ley 5a. de 1992-, se observa que el proyecto de iniciativa popular exige ser puesto en consideración del Congreso para merecer el trámite prioritario allí regulado, lo que no sucedió con el citado proyecto.

En este sentido hace referencia a la certificación expedida por el Secretario General de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República, quien señaló que el proyecto de Ley No. 176/92 se presentó en virtud de iniciativa ciudadana el 26 de noviembre de 1992, pero que debió archivarse ya que sus ponentes no rindieron el correspondiente informe de ponencia. Así mismo, en relación con el proyecto de Ley No. 155/92, el Presidente de la República había solicitado trámite de urgencia, lo cual determinó que los ponentes del proyecto de Ley No. 176/92 no rindieran la ponencia respectiva.

En este sentido, señala que,

"Así las cosas, como el proyecto No. 176 de 1992 no fue considerado por las células legislativas y por ello fue archivado, no existía fundamento para aplicarle el trámite preferencial establecido en el artículo 192 de la Ley 5a. de 1992, lo cual pone de manifiesto la inconsistencia del cargo de la demanda en cuanto hace a este aspecto".

...

"Ahora bien, aún en el evento en que el proyecto de Ley No. 176 de 1992 hubiera sido presentado y considerado primero, y desconociendo este hecho se le hubiera dado trámite prioritario al proyecto de Ley No. 155, creemos que de configurarse un vicio de inconstitucionalidad este por elemental lógica solo sería predicable del proyecto de Ley No. 176, y no tendría por qué afectar el proceso de formación de Ley 100 de 1993".

c) En cuanto al cargo de no haberse acumulado para la época de tramitación del proyecto de Ley No. 155 de 1992, los proyectos Nos. 176 y 248 de 1992 sobre seguridad social que cursaban simultáneamente en el Congreso, estima el señor Viceprocurador que es improcedente, ya que en la formación de la Ley 100 de 1993 no era obligatorio acumular al proyecto No. 155 otras

iniciativas, así estas observaran conexidad temática, pues al tenor de los artículos 151 y 152 de la Ley 5a. de 1992, la acumulación legislativa es una facultad del ponente inicial o de los Presidentes de las Cámaras en el evento en que los proyectos cursen simultáneamente.

Sobre el particular, anota que en el Congreso surgió la preocupación que suscita el cargo que se estudia, la cual fue absuelta en el informe rendido acerca de la constitucionalidad del trámite de tal proyecto, en el siguiente sentido:

"Al tramitarse el Proyecto No. 155 no se dispuso que otra iniciativa le fuera acumulada, ni por disposición de la Presidencia de la Comisión y menos aún por el ponente o ponentes respectivos. Esta decisión podía adoptarse dado que el Presidente de la Comisión, en sesiones conjuntas, no remitió los proyectos al mismo ponente y tampoco indicó "la debida fundamentación", para procederse a su acumulación, como lo ordena el inciso primero del artículo 158 del Congreso" (Cfr. Gaceta del Congreso No. 318, página 5).

d) En torno al cargo sobre la presunta infracción al artículo 57 transitorio de la Constitución, considera el representante del Ministerio Público que no está llamado a prosperar, toda vez que al examinar las pruebas que reposan en el expediente D-612, queda en claro que el Gobierno atendió el mandato contenido en el artículo *ibídem*.

En efecto, señala que si bien para la Comisión de que trata dicha norma era obligatoria la formulación de una propuesta sobre seguridad social, para el Gobierno la propuesta no tenía un carácter obligatorio pues simple y llanamente constituía una base para la elaboración del proyecto de ley correspondiente.

e) Finalmente, respecto a la presunta transgresión del artículo 163 constitucional que se plantea en la demanda atinente al mensaje de urgencia para los proyectos de ley, estima que como no hay concepto de la violación en la demanda, ello lo releva de efectuar comentario alguno.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. La competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda formulada contra la Ley 100 de 1993, "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 241 numeral 4o. de la Carta Política, por cuanto se trata de una ley de la República.

Segunda. Consideraciones Preliminares

Observa la Corte que los cargos que se formulan contra la Ley 100 de 1993, y cuya demanda ocupa el estudio de esta Sala Plena, tienen distinto fundamento, por lo que se hace preciso abordar el análisis de constitucionalidad por separado, a saber: a) la inconstitucionalidad de la ley por no haberse tramitado como ley estatutaria; b) el no dársele prelación para la época en que se tramitaba el proyecto de Ley No. 155/92, al estudio del proyecto de Ley No. 176/92 de iniciativa popular sobre el Estatuto del Trabajo; c) la no acumulación de los dos proyectos que sobre seguridad social cursaban simultáneamente en el Congreso de la República, al No. 155/92, tal como lo ordenan los artículos 151 y 152 de la Ley 5a. de 1992, y d) no haber tenido en cuenta el Gobiemo al presentar el proyecto de Ley No. 155 de 1992, las propuestas concertadas de la Comisión de Seguridad Social, creada con fundamento en el artículo 57 transitorio de la Constitución, y con base en las cuales debía prepararse el proyecto de ley sobre la materia.

Con base en lo anterior, entra la Corte a efectuar el análisis de los cargos enunciados.

Tercera. Examen de los Cargos

Primer Cargo: Violación de la Constitución -artículo 152- por no haberse tramitado la Ley 100 de 1993 como ley estatutaria.

*** De la Cosa Juzgada Constitucional Relativa.**

1.1 En relación con el primer cargo que formulan los demandantes en cuanto a que la Ley 100 de 1993 debió haber sido objeto de una ley estatutaria por regular y desarrollar un derecho constitucional fundamental como lo es el de la seguridad social, debe indicarse que sobre el particular, ya se pronunció esta Corporación mediante providencia No. C-408 de septiembre 15 de 1994, MP. Dr. Fabio Morón Diaz, declarando la exequibilidad de la Ley 100 de 1993, impugnada con fundamento en el mismo cargo que se presenta en esta demanda.

En dicha sentencia, la Corporación sostuvo:

"Es claro para la Corte que esta normatividad sobre la seguridad social, no debe ser objeto de reglamentación mediante la vía legal exceptiva de

las leyes estatutarias por no corresponder a los elementos de derechos fundamentales que quiso el constituyente someter a dicha categoría legal, por tratarse de elementos de tipo asistencial que provienen, en oportunidades, de la existencia de una relación laboral, y en otras, de la simple participación en el cuerpo social, y derechos gratuitos en oportunidades y onerosos en la mayoría de los casos. La gratuidad, no puede entenderse, en los titulares de estos derechos, como un ingrediente que pueda mutar la naturaleza de los mismos para transformarlos en derechos fundamentales; pues no son más que desarrollos de contenidos propios del Estado social de derecho. Y así lo declarará esta Corte, rechazando el cargo por razones de forma, planteado en la demanda contra la Ley 100, según el cual los contenidos de ésta imponían su expedición mediante el trámite de leyes estatutarias" (negrillas fuera de texto).

Teniendo en cuenta que en la providencia citada tan sólo se hizo referencia a un aspecto concreto, que versa sobre el examen de constitucionalidad de la ley acusada por vicios de forma -en cuanto a no haberse tramitado y expedido como ley estatutaria-, la cosa juzgada que se consignó en dicho proceso no es absoluta, por cuanto el estudio respectivo no cobijó la totalidad de los motivos de acusación en relación con la ley acusada y el ordenamiento constitucional.

En tal virtud, el fallo en este caso tiene un alcance limitado, permitiendo un pronunciamiento de la Corte sobre otros aspectos no analizados en su oportunidad -como lo son los demás cargos que formulan los demandantes de carácter procedimental-.

Este ha sido el criterio que la Corporación ha sostenido en situaciones similares a la que en esta ocasión se plantea. Al respecto, se ha indicado:

"Frente a un juicio de constitucionalidad respecto de una determinada norma es necesario diferenciar tres situaciones: (...)

"La segunda situación se presenta cuando se ha declarado exequible o inexequible una norma con fundamento en determinados cargos y es acusada posteriormente con base en cargos distintos, o por infracción de normas diferentes del mismo texto constitucional.

"En estos casos el efecto de la cosa juzgada absoluta se extiende a las consideraciones específicas de cada fallo. Son éstos, pues, los elementos fundamentales para determinar en cada caso el alcance del estudio realizado por el fallador, frente a los artículos constitucionales que estime pertinentes, para la dilucidación del acuerdo o contradicción de la norma estudiada con los preceptos de la Carta. A contrario sensu, la cosa juzgada no cobija aquellos aspectos eventualmente relevantes en el juicio de cons-

titucionalidad que no fueron objeto de estudio, ni mencionados en ninguna parte por el fallador.

..." (Sentencia Corte Constitucional, expediente D-138 MP: Dr. Ciro Angarita Barón)[1] *(negrillas fuera de texto).*

1.2 Lo antes expuesto permite inferir, como ya se anotó, que auncuando la ley acusada -Ley 100 de 1993- ha sido declarada exequible por esta Corporación en la sentencia citada, corresponde a la Corte Constitucional pronunciarse acerca de los otros cargos que se formulan en la demanda de la referencia en su contra, por cuanto la cosa juzgada solamente cobija el primer cargo, no extendiéndose a los demás, cuyo estudio entra la Sala a efectuar a continuación.

Para concluir, en la precitada providencia, se indicó en el numeral primero de la parte resolutiva:

"Declarar exequible la Ley 100 de 1993, en cuanto no era necesario que el Congreso le diera el trámite de ley estatutaria" (negrillas fuera de texto).

Segundo Cargo: De la presunta omisión al trámite preferencial.

2.1 Los demandantes formulan un segundo cargo por razones de forma, consistente en la "presunta" violación de los artículos 155 y 163 de la Constitución Política, así como de la Ley 5a. de 1992, pues según ellos, existiendo un proyecto de ley -el No. 176 Cámara de 1992, relativo al Estatuto del Trabajo- de iniciativa popular, "debió suspenderse" la tramitación del proyecto de Ley No. 155/92, para darle preferencia a la discusión del proyecto No. 176.

2.2 Estima la Corte que este cargo no prospera a la luz de la normatividad constitucional, por las siguientes razones:

En primer lugar, el proyecto de Ley No. 155 de 1992 fue presentado por el Gobierno Nacional a través del señor Ministro del Trabajo y Seguridad Social el día 29 de septiembre de 1992, siendo tramitado y aprobado por el Congreso de la República de conformidad con el procedimiento establecido para ese tipo de proyectos -arts. 157 y siguientes de la CP-. Una vez sancionado por el Presidente de la República y efectuada su promulgación, se convirtió en la Ley 100 de 1993.

2.3 Como lo sostuvieron acertadamente los ciudadanos intervinientes dentro del presente proceso, los vicios de procedimiento alegados por no habér-

---

1. Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia No. C-170 de 1993. MP. Dr. Fabio Morón Diaz.

sele dado trámite preferencial al proyecto de Ley No. 176/92, sólo deben predicarse respecto del proyecto de ley correspondiente sin que se afecten otros proyectos, teniendo en cuenta que el trámite de cada proyecto es autónomo.

2.4 A juicio de la Corte, la interpretación de los demandantes en relación con el trámite preferencial, no se ajusta al ordenamiento constitucional y legal del procedimiento de formación de las leyes, pues las irregularidades en que se incurra o que surjan en la discusión y aprobación de un proyecto de ley no pueden afectar otros proyectos de ley, sino que únicamente son predicables para el mismo.

Por lo tanto, cuando los demandantes señalan que se violó la Constitución y el Reglamento del Congreso -Ley 5a. de 1992- por no darle trámite preferencial al proyecto de Ley No. 176 de 1992, la acusación y los cargos que se presentan deben estar dirigidos exclusivamente contra el procedimiento de formación de dicho proyecto y no contra los demás, como lo pretenden en relación con el No. 155/92.

De conformidad con lo anterior, es claro para la Corte que el argumento de los actores no es procedente, ya que la presunta irregularidad alegada en relación con el proyecto de Ley No. 176/92 no es extensible al proyecto de Ley No. 155/92, pues como se indicó en precedencia, los vicios de procedimiento en la formación de una ley sólo deben predicarse respecto de ésta y no de otras.

2.5 Finalmente, cabe agregar a lo expuesto la observación que sobre el particular hace el señor Viceprocurador General de la Nación, quien señala:

"(...) como el proyecto de Ley No. 176 de 1992 no fue considerado por las células legislativas y por ello fue archivado, no existía fundamento para aplicarle el trámite preferencial establecido en el artículo 192 de la Ley 5a. de 1992, lo cual pone de manifiesto la inconsistencia del cargo de la demanda en cuanto hace a este aspecto".

Y concluye:

"Ahora bien, aún en el evento en que el proyecto de Ley No. 176 de 1992 hubiera sido presentado y considerado primero, y desconociendo este hecho se le hubiera dado trámite prioritario al proyecto de Ley No. 155, creemos que de configurarse un vicio de inconstitucionalidad este por elemental lógica sólo sería predicable del proyecto de Ley No. 176, y no tendría por qué afectar el proceso de formación de la Ley 100 de 1993".

En virtud a lo anterior, encuentra la Corte infundados los argumentos de los demandantes, por lo que el cargo alegado no ha de prosperar.

Tercer Cargo: Desconocimiento del Congreso de su obligación de acumular los proyectos de ley que cursen simultáneamente y que se refieran al mismo tema.

3.1 En la demanda se formula un tercer cargo por razones de forma, consistente en la violación de los artículos 53 y 157 de la Constitución Política, así como de los artículos 151 y 152 de la Ley 5a. de 1992, por cuanto a juicio de los actores, se desconoció la obligación que la Carta impone al Congreso de acumular los proyectos de ley que cursen simultáneamente en dicha corporación legislativa, en este caso, los proyectos de ley Nos. 155, 176 y 248 de 1992.

Consideran los demandantes que el Congreso con grave violación de la Constitución, optó por sólo dar trámite al proyecto de Ley No. 155 de 1992, que luego se convirtió en la Ley 100 de 1993. Igualmente, señalan que se infringió el artículo 53 de la Constitución Política, pues esta disposición impone al legislador el deber de que a través de una ley estatutaria se expida el Estatuto del Trabajo que debe regular entre otros temas, el relativo a la seguridad social. Por ello, en su criterio era forzoso que se acumularan los mencionados proyectos de ley, los cuales versaban sobre la misma materia y cursaban en forma simultánea en el Congreso.

3.2 Los tres proyectos a que aluden los actores, se refieren a los siguientes temas:

a) El proyecto de Ley No. 155 de 1992, presentado por el Gobierno Nacional el 29 de septiembre del mismo año, referente al tema de la seguridad social.

b) El proyecto de Ley No. 176 de 1992, que tuvo iniciativa popular, presentado el 26 de noviembre del mismo año, denominado "Estatuto del Trabajo".

c) El proyecto de Ley No. 248 de 1992, presentado el 15 de diciembre de 1992, por iniciativa parlamentaria, sobre seguridad social.

3.3 De conformidad con el artículo 157 de la Carta Política, se establecen cuatro requisitos indispensables para que un proyecto sea ley, a saber: 1) la publicación oficial por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva; 2) la aprobación en primer debate en las comisiones permanentes de cada Cámara; 3) la aprobación en segundo debate en cada Cámara, y 4) la sanción del Gobierno.

Por lo tanto, según lo dispuesto en la norma superior mencionada, allí no se hace referencia alguna a la acumulación legislativa como un requisito *sine qua non* para el trámite y aprobación de un proyecto de ley.

3.4 No obstante, teniendo en cuenta que los citados proyectos de ley cursaron en forma simultánea en el Congreso, a falta de norma constitucional que lo indique en forma expresa, son los artículos 151 y 152 de la Ley 5a. de 1992, relacionados con el tema de la acumulación legislativa. Dichas disposiciones señalan:

"Artículo 151. Cuando a una Comisión llegare un proyecto de ley que se refiera al mismo tema de un proyecto que esté en trámite, el Presidente lo remitirá, con la debida fundamentación al ponente inicial para que proceda a su acumulación, si no ha sido aún presentado el informe respectivo. Sólo podrán acumularse los proyectos en primer debate".

"Artículo 152. Los proyectos presentados en las Cámaras sobre la misma materia, que cursen simultáneamente podrán acumularse por decisión de sus Presidentes y siempre que no haya sido presentada ponencia para primer debate..." (negrilla fuera de texto)

Así pues, se establece la acumulación legislativa de proyectos como una facultad o atribución potestativa en cabeza de los ponentes "iniciales", de los presidentes de las comisiones y de las Cámaras, y no como una obligación impuesta a éstos por la Constitución ni por la ley.

3.5. En virtud a lo anterior, es claro para la Corte que no es procedente el cargo formulado por los demandantes respecto a la presunta violación de los artículos 53 y 157 de la Constitución Política en el trámite del proyecto de ley No. 155 de 1992, por cuanto la acumulación legislativa no sólo no constituye uno de los presupuestos esenciales en el proceso de formación de una ley -artículo 157 CP.-, sino que además las normas de la Ley 5a. de 1992 -artículos 151 y 152- que se refieren a la materia, la consagran como una facultad potestativa del ponente inicial o de los presidentes de las Cámaras o si se reúne el presupuesto fundamental, de que o bien los proyectos que se pretendan acumular estén en trámite o que cursen en forma simultánea, siempre y cuando no se haya rendido el informe respectivo por parte del ponente inicial, o no se hubiese presentado ponencia para primer debate.

3.6 Finalmente, la Sala está de acuerdo con la anotación que el señor Viceprocurador General de la Nación hace en cuanto al trámite del proyecto de Ley No. 155 de 1992, en los siguientes términos:

"Valga comentar en este lugar, que la misma inquietud de los accionantes también suscitó la preocupación del Congreso cuando se adelantaba la discusión del proyecto de Ley No. 155, que fue absuelta en el informe sobre la constitucionalidad del trámite de tal proyecto en los siguientes términos:

"Al tramitarse el proyecto No. 155 no se dispuso que otra iniciativa le fuera acumulada, ni por discusión de la Presidencia de la Comisión y menos aún por el ponente o ponentes respectivos. Esta decisión podía adoptarse dado que el Presidente de la Comisión, *en sesiones conjuntas, no remitió los proyectos al mismo ponente y tampoco indicó 'la debida fundamentación', para procederse a su acumulación, como lo ordena el inciso primero del artículo 158 (sic) del Congreso (Cfr. Gaceta del Congreso No. 318, página 5)" (negrillas fuera de texto).*

Por lo tanto, siendo claro que en la formación de la Ley 100 de 1993 no era obligatoria la acumulación del proyecto de Ley No. 155/92 con otras iniciativas -proyectos Nos. 176 y 248 de 1992-, no se configura el alegado vicio de procedimiento en la tramitación y aprobación de la citada ley. Así pues, no prospera el cargo formulado.

Cuarto Cargo: La presunta infracción al artículo 57 Transitorio de la Constitución.

4.1 Estiman los demandantes en su líbelo, que en la aprobación y trámite del proyecto de Ley No. 155/92, que se convirtió en la Ley 100 de 1993, se violó el artículo 57 transitorio de la Carta Política, ya que el Gobierno al presentar el proyecto de ley ante el Congreso para su discusión y aprobación no tuvo en cuenta las propuestas formuladas por la Comisión de Seguridad Social, creada por el artículo ibídem, las cuales reunían las aspiraciones de los sectores sociales.

4.2 La citada Comisión, integrada por representantes del Gobierno, los sindicatos, los gremios económicos, los movimientos políticos y sociales, los campesinos y los trabajadores informales, es el escenario que consagró el constituyente de 1991 como el instrumento diseñado para elaborar una propuesta que desarrollara las normas constitucionales sobre seguridad social, la cual serviría de base al Gobierno para la preparación de los proyectos de ley que sobre la materia debería presentar a consideración del Congreso.

Allí se pretendía que los intereses de tipo laboral y concretamente los de seguridad social se tuviesen en cuenta, de manera que se pudiera llegar a una propuesta unificada que sirviera de sustento al Gobierno para la presentación del proyecto de ley sobre la materia.

4.3 No puede entenderse, como lo pretenden los actores, que las propuestas concertadas de la Comisión de Seguridad Social creada en virtud del artículo 57 transitorio de la Carta, tengan un carácter obligatorio o imperativo para el Gobierno Nacional.

Para la Corte es clara la norma en cuanto a que las propuestas de la Comisión no tienen carácter obligatorio, pues la disposición mencionada no se

lo atribuye. Tampoco significa que si no se elaboraba la propuesta dentro del término de los ciento ochenta (180) días de que trata la norma en comento, el Gobierno quedara impedido para presentar el proyecto de ley sobre la materia. La iniciativa radica en el Gobierno quien está constitucionalmente habilitado para presentar a consideración del Congreso los proyectos de ley sobre seguridad social, no obstante la cual, la Comisión "podrá presentar una propuesta que le sirva de base al Gobierno en la elaboración de su proyecto".

4.4 Debe resaltar en este punto la Corte, que contrario de lo que afirman los actores en su líbelo, respecto al hecho de que el Gobierno no tuvo en cuenta al momento de presentar el proyecto de ley sobre seguridad social las propuestas formuladas por la Comisión sobre Seguridad Social, el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante certificación fechada 20 de junio de 1994, remitida al despacho del Magistrado Ponente, señaló en relación con este aspecto, lo siguiente:

"... me permito informar acerca de la Comisión sobre Seguridad Social de que trata el artículo 57 Transitorio de la Constitución:

...

2. La Comisión sesionó a partir del día 24 de septiembre de 1991 hasta el día 21 de enero de 1992.

3. Como conclusión de su trabajo, la mencionada Comisión elaboró a través de sub-comisiones, cuatro (4) memorandos con las respectivas propuestas.

*4. Posteriormente, **el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social presentó el proyecto de ley** por el cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional..., distinguido con el No. 155 de 1992, **teniendo en cuenta varias de las conclusiones de la Comisión de que trata el artículo transitorio 57 de la Constitución**" (negrillas fuera de texto).*

4.5 Como lo indica claramente la norma superior, a la Comisión le correspondía "elaborar una propuesta que desarrolle normas sobre seguridad social". Propuesta que en los términos del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, consiste en la "acción y efecto de proponer", es decir, "manifestar con razones una cosa para conocimiento de uno, o para inducirle a adoptarla", de donde se deduce que al hablar de "propuesta", se entiende que se trata simplemente de una manifestación o invitación, mas no de una obligación de hacer, como lo entienden los demandantes.

Como lo advirtió el señor Viceprocurador General de la Nación en su concepto fiscal, si bien para la Comisión era obligatoria la formulación de una

propuesta sobre seguridad social, para el Gobiemo la propuesta no tenía carácter obligatorio, "pues sólo constituía una base para la elaboración del proyecto de ley correspondiente".

En virtud a lo anterior, estima la Corte que el cargo no prospera.

Quinto Cargo: Transgresión del artículo 163 de la Constitución. Inhibición por no señalar el concepto de la violación.

Finalmente, los demandantes consideran que se violó en la aprobación de la Ley 100 de 1993, el artículo 163 de la Carta Política, así como el artículo 191 de la Ley 5a. de 1992, los cuales preven los trámites que deben surtir los proyectos de ley cuando se ha solicitado respecto de ellos trámite de urgencia por el Presidente de la República.

Teniendo en cuenta que los actores no concretan el cargo ni señalan el concepto de la violación en la demanda, la Corte se declarará inhibida para fallar, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación.

Cuarta. Conclusión.

Por las razones expuestas, teniendo presente que la ley acusada -Ley 100 de 1993, "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"- no viola el ordenamiento superior de acuerdo a los cargos formulados por los demandantes, habrá de declararse su exequibilidad, como se ordenará en la parte resolutiva de esta providencia.

VIII. 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 CONSTITUCION

RESUELVE:

Primero: Declarar exequible la Ley 100 de 1993, "por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones",

por cuanto en su tramitación no se desconoció lo dispuesto en los artículos 155, 157, 163 y 57 Transitorio de la Constitución Política.

Segundo: Estése a lo resuelto en la sentencia No. C-408 de 15 de septiembre de 1994, donde se declaró exequible la Ley 100 de 1993, "en cuanto no era necesario que el Congreso le diera el trámite de ley estatutaria".

Tercero: Inhibirse de fallar en relación con la violación por parte de la Ley 100 de 1993 al artículo 163 de la Carta Política, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIAS SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES 1995

(Febrero)

SENTENCIA No. C-070
de febrero 23 de 1995

LEY APROBATORIA DE TRATADO - Constitucionalidad formal

La elaboración de las leyes aprobatorias de tratados no requiere en el Congreso de la República, de ningún trámite especial; de suerte que, el procedimiento legislativo exigido en la Carta Política para ese tipo de normas es el contenido en su artículo 157. Este precepto establece el trámite para las leyes ordinarias, indicando que ningún proyecto será ley sin haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva; haber sido aprobado en la comisión y en la plenaria de cada Cámara, cuando el primer debate no esté autorizado en sesión conjunta de las comisiones permanentes de las mismas; y haber obtenido la sanción del Gobierno.

ACUERDO SOBRE EL MERCADO COMUN CINEMATOGRAFICO - Mecanismos de participación

Los mecanismos para la participación de las obras cinematográficas en el Mercado Común podrán ser establecidos por las autoridades cinematográficas de cada país productor. Los mecanismos de participación no son de obligatorio establecimiento en cada país productor. El mecanismo de selección adoptado (art. VI), no supone un grado de arbitrariedad en nuestro país para la dicha selección, pues entre nosotros debe respetarse el alcance del derecho a la participación ciudadana en todos los órdenes, sin excluir el que nos ocupa, en un plano de igualdad, y, por ende, habrá un procedimiento legal que lo desarrolle y asegure; en el cual tampoco, tendrán lugar procedimientos de censura, pues ésta igualmente está expresamente prohibida en nuestro orden superior. El instrumento, tiene la suficiente generalidad para contener elementos flexibles reglamentables en su parte operativa, sin cambiar el contenido y alcance de su letra.

C-070/95

ACUERDO SOBRE EL MERCADO COMUN CINEMATOGRAFICO - Constitucionalidad material

El articulado del acuerdo no sólo no contiene preceptos contrarios a la Carta Política, sino que se aviene a sus principios rectores y postulados normativos comprometidos "a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana".

Ref.: Expediente No. L.A.T. 034

Acuerdo para la creación del Mercado Común Cinematográfico Lationoamericano, hecho en Caracas, el 11 de noviembre de 1989.

Revisión de constitucionalidad de la Ley 151 de julio 15 de 1994.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

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

I. ANTECEDENTES

Juan Pablo Cárdenas Mejía, Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, mediante oficio fechado 19 de julio de 1994, recibido el 21 del mismo mes y año, remitió a la Corte Constitucional fotocopia autenticada de la Ley 151 de 1994, "Por medio de la cual se aprueba el 'ACUERDO PARA LA CREACION DEL MERCADO COMUN CINEMATOGRAFICO LATINOAMERICANO', hecho en Caracas, el 11 de noviembre de 1989", para los fines previstos en el artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política.

El Magistrado Sustanciador, en auto del once (11) de agosto de 1994 resolvió solicitar a la Presidencia del H. Senado de la República y a la Presidencia de la H. Cámara de Representantes, copia auténtica del expediente legislativo correspondiente al trámite en el Congreso de la República de la ley aprobatoria del tratado. En cumplimiento de lo ordenado se recibió el oficio No. 1066 de agosto 25 de 1994, suscrito por el Secretario General (E) de la H. Cámara de Representantes, y según constancia de Secretaría, no se recibieron en el término fijado las pruebas solicitadas al H. Senado de la República.

Para completar el expediente legislativo, el Magistrado Sustanciador, comisionó, mediante auto de septiembre 1o. de 1994, a un funcionario de su Despacho, quien cumplió el encargo ordenado, el 8 de septiembre de 1994.

II. LAS NORMAS QUE SE REVISAN

LEY No. 151
(Julio 15 1994)

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Por medio de la cual se aprueba el "ACUERDO PARA LA CREACIÓN DEL MERCADO COMÚN CINEMATOGRÁFICO LATINOAMERICANO", hecho en Caracas, el 11 de noviembre de 1989.

Visto el texto del 'Acuerdo para la creación de mercado Común Cinematográfico Latinoamericano", hecho en Caracas, el 11 de noviembre de 1989.

ACUERDO PARA LA CREACION DEL MERCADO COMUN CINEMATOGRAFICO LATINOAMERICANO

Los Estados signatarios del presente acuerdo, Miembro del convenio de Integración cinematográfica Iberoamericana.

Consientes de que la actividad cinematográfica debe contribuir al desarrollo cultural de la región y a su identidad:

Convencidos de la necesidad de impulsar el desarrollo cinematográfico y audiovisual de la región y de manera especial la de aquellos paises con infraestrutura insuficiente;

Con el proposito de contribuir a un efectivo desarrollo de la comunidad cinematográfica de los Estados Miembros;

Han acordado lo siguiente:

ARTICULO I

El Mercado común cinematográfico Latinoamericano tendrá por objeto implantar un sistema multilateral de participación de espacios de exhibición para los obras cinematográficas certificadas como nacionales por los estados signatarios del presente Acuerdo, con la finalidad de ampliar las posibilidades de mercado de dichos paises y de proteger los vinculos de unidad cultural entre los pueblos de Iberoamérica y el Caribe.

ARTICULO II

A los fines del presente Anuncio se considera obra cinematográfica aquella de caracter audiovisual, reglamentarda, producida y difundida por cualquier sistema.

ARTICULO III

Las partes procuraran introducir en su ordenamiento jurídico interno disposiciones que garanticen el cumplimiento de lo establecido en el presente acuerdo.

ARTICULO IV

Cada esta miembro del presente acuerdo tendrá derecho a una participación anual de cuatro (4) obras cinematográficas nacionales de duración no inferior a los setenta (70) minutos que las cuales podrán variar de un pais a otro. Previa revisión del funcionamiento del acuerdo por estados miembros, dicha participación podrá ser ampliada de común acuerdo entre sus miembros. Lo anterior no contraviene la posibilidad de que entre los estados miembros puedan suscribirse convenios bilaterales por participaciones mayores a las estipuladas en el presente acuerdo.

ARTICULO V

Las Autoridades de Cinematográfia de cada pais productor, podrán establecer mecanismos para la concurrencia de sus obras cinematográficas en el Mercado Común cinematográfico Latinoamericano.

ARTICULO VI

En caso de selección previa por la Autoridad cinematográfica del Pais productor, el pais exhibidor podrá solicitar cambios en la lista de obras cinematográficas seleccionadas.

ARTICULO VII

La Autoridad cinematográfica de cada pais exhibidor, notificará anualmente la secretaría Ejecutiva de la Cinematografía Iberoamericana (SECI) la lista de las obras cinematográficas de los paises productores a las cuales se les han otorgado los beneficios de las obras cinematograficas nacionales.

ARTICULO VIII

Queda entendido que las obras cinematograficas participantes del Mercado Común Cinematografico latiniamericano, será consideradas en cada estado miembro como nacionales a los efectos de su distribución y exhibición por cualquier medio y, en consecuencia, gozarán de los mayores beneficios y de todos los derechos en lo que se refiere a espacios de exhibición, cuotas de pantalla, cuotas de exhibición, cuotas de distribución y demás ferrogativas que les confieran las leyes nacionales de cada estado miembro salvo incentivos concedidos por los gobiernos a las Películas nacionales.

ARTICULO IX

El presente acuerdo estará sujeto a retificación. Estará en vigor cuando por lo menos tres (3) de los estados signatarios hayan depositado ante la secretaría ejecutiva de la Cinematografía Iberoamericana (SECI) el Instrumento de Ratificación.

ARTICULO X

El presente acuerdo quedará abierto a la adhesión de los estados Iberoamericanos que sean Partes del Convenio de Integración Cinematográfica Iberoamericana. La adhesión se efectuará mediante el deposito de Instrumento respectivo ante la SECI.

ARTICULO XI

Cualquiera de las partes podrá en cualquier momento denunciar el presente acuerdo mediante notificación escrita dirigida a la SECI.

La denuncia surtirá efecto para la parte interesada in (1) año despues de la fecha en que la noificación haya sido recibida por la SECI.

ARTICULO XII

Las dudas o controversias que pudieran surgir en la interpretación del presente acuerdo entre dos o más paises, serán resueltas en ámbito de la SECI.

En fe de lo cual, los abajos firmantes, debidamente autorizados para ello, suscriben el presente acuerdo.

Hecho en caracas, a los once dias del mes de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Es auténtico,

POR LA REPUBLICA DE ARGENTINA

OCTAVIO GETINO
Director del Instituto Nacional de Cinematografía

POR LA REPUBLICA DE CUBA

JULIO GARCIA ESPINOSA
Presidente del Instituto Cubano del Arte y
de la Industria Cinematográfica

POR LA REPUBLICA DEL ECUADOR

FRANCISCO HUERTA MONTALVO
Embajador Extraordinario y Plenipotenciario

POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

ALEJANDRO SOBARZO LOAIZA
Embajador Extraordinario y Plenipotenciario

POR LA REPUBLICA DE NICARAGUA

ORLANDO CASTILLO ESTRADA
Director General del Instituto Nicaraguense de Cine (INCINE)

POR LA REPUBLICA DE PANAMA

FERNANDO MARTINEZ
Director del Departamento de Cine
de la Universidad de Panamá

POR LA REPUBLICA DEL PERU

ELVIRA DE LA FUENTE DE BESACCIA,
Directora General de Comunicación Social del
Instituto Nacional de Comunicación Social.

POR LA REPUBLICA DE VENEZUELA

IMELDA CISNEROS
Encargada del Ministerio de fomento

POR LA REPUBLICA DOMINICANA

PABLO GUIDECELLI VELAZQUEZ
Embajador Extraordinario y Plenipotenciario

POR LA REPUBLICA FEDERAL DEL BRASIL

RENATO PRADO GUIMARAES
Embajador Extraordinario y Plenipotenciario

COUNTRY	BOX OFFICE TAXES (%)	INCOME TAX ON HEAD OFFICE (%)	NO. OF SCREENS 12/91	NO. OF SPECTATORS ALL FILMS 1991 (EST. MILLIONS)
ARGENTINA	10	18	410	14
BRASIL	10	25	1,570	95
CHILE	18	20	EST. 150	10.5
COLOMBIA	29.58 (1)	18% Income Tax 12% Remittance Tax	EST. 488	26
MEXICO	16.28%	15	1,769	170.8
PANAMA + C.A.	10 (2)	6 (2)	137	12.54
PERU	10	9% on Incorporated Cos.(3)	215	7.8
URUGUAY	10.3 Punta del Este	12	67	1.1
VENEZUELA	10 MUNICIPAL 6.66 FILM FUND	Scale 15-50% on 25% Gross Income	309	30

(1) Consists of Beneficiencia Tax (7.04%). Coldeportes Tax (7.04%) Public Show Tax (7.04%) and VAT (8.46%).

(2) Panama only.

(3) Companies Head Offices that operater througt subsidiaries are subject to a tax, of 15.4% on an assumed net profit, equal to the 20% of the local gross receipts, less the corporate tax paid by the local company.

RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

Santafé de Bogotá, D.C.

Aprobado. Sométase a la consideración del Honorable Congreso Nacional para los efectos constitucionales.

(Fdo.) CESAR GAVIRIA TRUJILLO

La Ministra de Relaciones Exteriores

(Fdo.) NOEMI SANIN DE RUBIO

DECRETA

Artículo primero: Apruébase el "Acuerdo para la creación del mercado común cinematográfico Latinoamericano", hecho en Caracas el 11 de noviembre de 1989.

Artículo segundo: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7a de 1994, en " Acuerdo para la creació del Mercado Cinematográfico Latinoamericano", hecho en Caracas el 11 de noviembre de 1989, que por el artículo primero de esta ley se aprueba, obligará al pais a partir del mismo.

Artículo tercero: La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

Siguen firmas...

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador General de la Nación, en el oficio No. 521 de octubre 25 de 1994, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 278 numeral 5o. y 242 numeral 2o. de la Constitución Política, rindió el concepto de constitucionalidad correspondiente al asunto de la referencia, en el cual "solicita a la H. Corte Constitucional declarar EXEQUIBLE el acuerdo para la creación del Mercado Común cinematográfico Latinoamericano, hecho en Caracas el 11 de noviembre de 1989, y su Ley Aprobatoria", previas las consideraciones siguientes:

- Que la ley aprobatoria cumplió con los requisitos formales que la Carta Política exige para su expedición.

- Que el acuerdo es altamente beneficioso para los intereses nacionales en general, y para el desarrollo de la cinematografía colombiana en particular, pues, según su objeto, promueve ventajas "económicas" y "culturales", para la producción y desarrollo de esa industria.

- Que el mercado del cine colombiano es "estrecho" y "pobre", por los bajos "precios de exhibición", la competencia extranjera y las ventajosas circunstancias comerciales y de difusión que rodean a la televisión.

- Que la ampliación del mercado para la cinematográfica nacional, es un imperativo vital para su desarrollo.

- Que "habida cuenta del carácter de vehículo de la cultura que el cine ha cumplido en nuestro tiempo, las ventajas de su desarrollo y difusión no se restringen al campo del comercio recíproco y la cooperación económica latinoamericana, sino que se hacen extensivas al terreno de la solidaridad y la integración cultural de los pueblos de la región, afines por múltiples circunstancias históricas y geográficas. De manera tal que los beneficios del acuerdo se proyectan igualmente también (sic) el desarrollo espiritual y cultural de dichos pueblos".

- Que el acuerdo promueve la integración latinoamericana (preámbulo, artículo 9o. de la C.P.).

- Que esta Corte declaró la constitucionalidad del Convenio de Integración Cinematográfica Iberoamericana en sentencia C-589 del 23 de noviembre de 1992.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. **La Competencia**

Es competente la Corte Constitucional para avocar la revisión de constitucionalidad de la Ley 151 de 1994, por ser ésta una ley aprobatoria de un tratado internacional, cuyos contenidos y requisitos formales o de expedición deben, previamente a su ratificación, ser sometidos al control automático de constitucionalidad, según lo estatuye el artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política.

B. **La Materia**

La revisión comprende la determinación de la constitucionalidad formal y material de la Ley 151 del 15 de junio de 1994 y del Convenio Internacional que aprueba, con miras a su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano.

C. **La Constitucionalidad Formal**

Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación las acciones preparatorias de la suscripción de tratados internacionales deben ejercerse conforme a la Carta Política (art. 189 num. 2) por el Presidente de la República y bajo su responsabilidad. La circunstancia de que el instrumento internacional se encontrara elaborado hace que la iniciativa del Gobierno se rija por los parámetros de la "adhesión" al mismo, por lo cual en sí mismo, ese acto no es objeto de revisión por esta Honorable Corte.

Según jurisprudencia reiterada de la Corte, la elaboración de las leyes aprobatorias de tratados no requiere en el Congreso de la República, de ningún trámite especial; de suerte que, el procedimiento legislativo exigido en la Carta Política para ese tipo de normas es el contenido en su artículo 157. Este precepto establece el trámite para las leyes ordinarias, indicando que ningún proyecto será ley sin haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva; haber sido aprobado en la comisión y en la plenaria de cada Cámara, cuando el primer debate no esté autorizado en sesión conjunta de las comisiones permanentes de las mismas; y haber obtenido la sanción del Gobierno.

En el expediente legislativo allegado a folios se registra lo siguiente:

- La publicación del proyecto de Ley No. 117 de 1992 y la correspondiente exposición de motivos, en la Gaceta del Congreso No. 40 del 27 de agosto de 1992.

- La ponencia para primer debate del proyecto en el H. Senado de la República, según consta en la Gaceta del Congreso No. 211, del 16 de diciembre de 1992, pág. 21.

- Según oficio de fecha 25 de mayo de 1993, dirigido al Dr. Cesar Pérez García, en su condición de Presidente de la H. Cámara de Representantes, por el entonces Presidente del H. Senado de la República Dr. Tito Rueda Guarín, el proyecto No. 117/92 -Senado-, fue aprobado sin modificaciones en comisión, el día 24 de marzo de 1993.

- Se presentó ponencia para segundo debate a consideración de la plenaria del H. Senado de la República, que fue insertada en la Gaceta del Congreso No. 55 del 29 de marzo de 1993.

- El H. Senado de la República aprueba el proyecto en su sesión ordinaria del 25 de mayo de 1993, Gaceta del Congreso No. 159 del 27 de mayo de 1993.

- La ponencia para Primer Debate en la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, al proyecto de Ley No. 117/92 Senado y No. 296/92 Cámara, según consta en la Gaceta del Congreso No. 390, 10 de noviembre de 1993, pag. 48.

- Según oficio No. 148, junio 7 de 1994, dirigido al Dr. Jorge Ramón Elias Nader, Presidente del H. Senado de la República, por el Dr. Diego Vivas Tafur, el proyecto fue aprobado por la Comisión Segunda -Cámara-, el 27 de abril de 1994.

- Se presentó ponencia para segundo debate, ante la plenaria de la H. Cámara de Representantes, insertada en la Gaceta del Congreso No. 48 del 10 de mayo de 1994, pág. 24.

- El proyecto fue aprobado en segundo debate en la sesión plenaria de la H. Cámara de Representantes, el día 31 de mayo de 1994, Gaceta del Congreso No. 73 del 10 de junio de 1994, pág. 7.

- Finalmente, el proyecto obtiene la sanción presidencial el 15 de julio de 1994.

Lo anterior pone en evidencia que la ley surtió los trámites exigidos por la Constitución Política para que un proyecto se convierta en ley de la República (artículo 157). Se cumplieron igualmente en el trámite de la ley, los términos a que se refiere el artículo 160 de la Carta.

D. **La Constitucionalidad Material**

El cine se revela en nuestros días como una actividad que consulta realidades tanto artísticas y educativas como económicas. Por lo primero, se erige en un instrumento de transmisión y promoción de la cultura, llegando con frecuencia a constituirse en creador de conceptos y valores sobre la belleza, el amor, la vida social y política, y, el mundo de relación en general. De allí que sea un foco de interés para los asociados, en el cual, además, encuentran una fuente habitual de esparcimiento. El tratado consulta estas realidades en latinoamérica y está conforme con los preceptos de la Carta sobre educación, cultura, arte y esparcimiento. En especial, en lo que tiene que ver con la obligación del Estado de promover y fomentar la educación artística, en cuanto instrumento de "creación de la identidad nacional" (artículo 70); la búsqueda del conocimiento y la expresión artística (artículo 71); y, el derecho de todas las personas a la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre (artículos 44, 52, 64 y 67 ibídem).

En lo que tiene que ver con los ingredientes económicos de la industria cinematográfica, en la exposición de motivos de la ley aprobatoria en revisión,

se planteó la urgencia de atender las necesidades sentidas por la industria cinematográfica latinoamerica de disponer de un mercado amplio y suficiente, para estimular el interés del capital en las inversiones que propicien su crecimiento. Allí se expresó:

"La industria cinematográfica, en los diferentes países de América Latina, ha encontrado en la estrechez del mercado uno de los obstáculos principales, sino el más, para su definitivo desarrollo. Tal estrechez, no solamente incide en la difusión del producto cinematográfico sino también en las posibilidades de que la industria invierta en él de acuerdo con sus exigencias por la dificultad que muchas veces presenta la recuperación del capital invertido. Esta situación se torna paradójica, hábida cuenta de la gran respuesta que el público, en general, ha dado a la obra cinematográfica en los países latinoamericanos".

"La ampliación del mercado nacional para la cinematografía de cada país de la región es, por consiguiente un imperativo vital para su desarrollo y en muchos casos para su sobrevivencia."

"La ampliación del mercado nacional necesariamente debe darse sobre la base de la conquista de mercados externos sin los cuales la industria cinematográfica se resentiría gravemente en su calidad y alcance".

Con la anterior motivación, los representantes de las Repúblicas de Argentina, Cuba, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Brasil y los Estados Unidos mexicanos, en el Foro Iberoamericano de Integración Cinematográfica, celebrado en Caracas, decidieron crear el Mercado Común Cinematográfico Latinoamericano, y suscribieron el "Acuerdo para la Creación del Mercado Común Cinematográfico Latinoamericano".

Este acuerdo tiene por objeto implantar un sistema multilateral de participación de espacios de exhibición para las obras cinematográficas certificadas como nacionales por sus signatarios, con la finalidad económica señalada y para proteger además, los vínculos de unidad cultural entre los pueblos de Iberoamérica y el Caribe (artículo I); se define la obra cinematográfica (art. II); y se compromete a las partes a procurar la incorporación a su ordenamiento jurídico interno de disposiciones que garanticen el cumplimiento de lo establecido en el instrumento (art. III).

Se define la participación de cada país en el mercado que se crea, sin perjuicio de la posibilidad de que entre los Estados miembros puedan suscribirse convenios bilaterales por participaciones mayores a las estipuladas (art. IV) y de que las autoridades de cinematografía de cada miembro establezcan mecanismos para la concurrencia de sus obras en el mercado común (art. V). En desarrollo de su natural dinámica, permite solicitar al país

"exhibidor" cambios en la lista de las obras seleccionadas (art. VI). Estas obras serán consideradas en cada Estado miembro como nacionales a los efectos de su distribución y exhibición por cualquier medio, y gozarán de los mayores beneficios y de todos los derechos en lo que se refiere a espacios de exhibición, cuotas de pantalla, cuotas de exhibición, cuotas de distribución y demás prerrogativas que le confieran las leyes nacionales, salvo incentivos concedidos por los gobiernos a las películas nacionales (art. VIII).

El acuerdo estará sujeto a ratificación, y entrará en vigencia cuando por lo menos tres de los Estados hayan depositado el instrumento de ratificación en la Secretaría Ejecutiva de la Cinematografía Iberoamericana -SECI- (ART. IX); quedando abierto a la "adhesión" de los Estados Latinoamericanos (art. X), y pudiendo ser denunciado (art. XI).

En resumen, los mecanismos para la participación de las obras cinematográficas en el Mercado Común podrán ser establecidos por las autoridades cinematográficas de cada país productor. Los mecanismos de participación no son de obligatorio establecimiento en cada país productor. El mecanismo de selección adoptado (art. VI), no supone un grado de arbitrariedad en nuestro país para la dicha selección, pues entre nosotros debe respetarse el alcance del derecho a la participación ciudadana en todos los órdenes, sin excluir el que nos ocupa, en un plano de igualdad, y, por ende, habrá un procedimiento legal que lo desarrolle y asegure; en el cual tampoco, tendrán lugar procedimientos de censura, pues ésta igualmente está expresamente prohibida en nuestro orden superior.

El instrumento, tiene la suficiente generalidad para contener elementos flexibles reglamentables en su parte operativa, sin cambiar el contenido y alcance de su letra.

Es obvio que en el organismo (SECI), encargado de dirimir las controversias o diferencias entre los Estados, habrá representantes de los mismos y sus decisiones se tomarán mediante transparentes procedimientos democráticos, tan útiles e indispensables en procesos de integración, como los que se propone el instrumento internacional que se revisa.

El articulado del acuerdo no sólo no contiene preceptos contrarios a la Carta Política, sino que se aviene a sus principios rectores y postulados normativos comprometidos "a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana" (preámbulo), y de acuerdo con los cuales "la política exterior de Colombia se orientará hacía la integración latinoamericana y del Caribe" (art. 9o. ibídem).

De suerte que la conformación de un mercado de participaciones igualitarias, con topes mínimos en dichas participaciones, resultando éstas garanti-

zadas por el marco de amparos nacionales por los países que participen con sus obras cinematográficas en el mismo, está acorde con los procesos de integración promovidos en la Constitución Política, especialmente los orientados a la integración latinoamericana y del Caribe, como lo hace el acuerdo, mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, lleguen incluso a "conformar una comunidad latinoamericana de naciones" (art. 227 de la C.P.).

Previas las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional, Sala Plena, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES EL "ACUERDO PARA LA CREACION DEL MERCADO COMUN CINEMATOGRAFICO LATINOAMERICANO, hecho en Caracas el 11 de noviembre de 1989", y la Ley 151 del 15 julio de 1994, que lo aprueba.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-073
de febrero 23 de 1995

CONVENIO INTERNACIONAL / PRINCIPIO DE AUTODETERMINANCION DE LOS PUEBLOS / RECURSOS NATURALES - Protección

Los términos del convenio, en lo que atañe a los compromisos sobre adopción de políticas nacionales o regionales, no violan el principio de autodeterminación de los pueblos que es fundamento de las relaciones exteriores del país refuerzan el mandato constitucional que ordena al Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales (CP art. 80). De otra parte, uno de los objetivos de la educación del colombiano es, precisamente, una formación para la protección del medio ambiente.

CONVENCION SOBRE EL SISTEMA CLIMATICO - Mecanismos de financiación

Los recursos económicos destinados a la sustitución de prácticas y procedimientos con efectos negativos sobre el sistema climático, mediante la transferencia de tecnologías ambientalmente sanas, por lo general proceden de países desarrollados. Por su parte, los países en desarrollo que pueden verse favorecidos con estos ingresos gozan de representación equitativa y equilibrada, dentro de un sistema de dirección transparente. A juicio de la Corte, este mecanismo en nada resulta lesivo de los intereses nacionales ni de las disposiciones constitucionales.

CONVENCION SOBRE EL SISTEMA CLIMATICO - Confidencialidad de informaciones

La convención deja a salvo la posibilidad de que los países parte cataloguen como confidencial la información que suministren, de manera que la secretaría la proteja en el proceso de compilación y transmisión. A los países en desarrollo se les resguarda la posibilidad de proponer voluntariamente

proyectos para la financiación de la reducción de emisiones y del incremento de la absorción de gases de efecto invernadero. La inconveniencia para la economía del país, al tener que dar a conocer a otros países el estado del parque industrial, mediante la publicidad de los inventarios sobre emisiones antropogénicas, en la práctica es inexistente, ya que la convención faculta a los países parte a mantener la confidencialidad de ciertas informaciones, así como a administrar la implementación progresiva de proyectos de transformación tecnológica con miras a controlar y reducir los efectos adversos del cambio climático.

CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE EL SISTEMA CLIMATICO - Solución de conflictos

La determinación de los mecanismos para la resolución de controversias que puedan surgir de la interpretación y aplicación de la Convención, es una medida necesaria para la efectividad de los compromisos contraídos por los países parte, que busca la consecución pacífica de los objetivos de la convención, la cual está acorde con los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, entre ellos la resolución pacífica de las controversias.

Ref.: Expediente L.A.T.-037

Revisión constitucional de la Ley 164 del 27 de octubre de 1994, "por la cual se aprueba la "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

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

Aprobado por Acta Nº 06

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de constitucionalidad de la Ley 164 del 27 de octubre de 1994, "por la cual se aprueba la "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992".

I. TEXTO DE LA NORMA REVISADA

LEY 164 1993
(octubre 27 de 1994)

"Por la cual se aprueba la "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992"

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

Visto el texto de la "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992.

CONVENCION MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE EL CAMBIO CLIMATICO

Las Partes en la presente Convención,

Reconociendo que los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad,

Preocupadas porque las actividades humanas han ido aumentado sustancialmente las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, y porque ese aumento intensifica el efecto invernadero natural, lo cual dará como resultado, en promedio, un calentamiento adicional de la superficie y la atmósfera de la Tierra y puede afectar adversamente a los ecosistemas naturales y a la humanidad.

Tomando nota de que, tanto históricamente como en la actualidad, la mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero del mundo, han tenido su origen en los países desarrollados, que las emisiones per cápita en los países en desarrollo son todavía relativamente reducidas y que la proporción del total de emisiones

originada en esos países aumentará para permitirles satisfacer a sus necesidades sociales y de desarrollo.

Conscientes de la función y la importancia de los sumideros y los depósitos naturales de gases de efecto invernadero para los ecosistemas terrestres y marinos.

Tomando nota de que hay muchos elementos de incertidumbre en las predicciones del cambio climático, particularmente en lo que respecta a su distribución cronológica, su magnitud y sus características regionales.

Reconociendo que la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas, sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas.

Recordando las disposiciones pertinentes de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972,

Recordando también que los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos conforme a sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades que se realicen dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daño al medio ambiente de otros Estados ni de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Reafirmando el principio de la soberanía de los Estados en la cooperación internacional para hacer frente al cambio climático.

Reconociendo que los Estados deberían promulgar leyes ambientales eficaces, que las normas, los objetivos de gestión y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican, y que las normas aplicadas por algunos países pueden ser inadecuadas y representar un costo económico y social injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.

Recordando las disposiciones de la resolución 44/228 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1989, relativa a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y las resoluciones 43/53, de 6 de diciembre de 1988. 44/207, de 22 de

diciembre de 1989, 45/212, de 21 de diciembre de 1990, y 46/169, de 19 de diciembre de 1991, relativas a la protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras.

Recordando también las disposiciones de la resolución 44/206 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1989, relativa a los posibles efectos adversos del ascenso del nivel del mar sobre las islas y las zonas costeras, especialmente las zonas costeras bajas, y las disposiciones pertinentes de la resolución 44/172 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1989, relativa a la ejecución del Plan de Acción para combatir la desertificación.

Recordando además la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985, y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 1987, ajustado y enmendado el 29 de junio de 1990.

Tomando nota de la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima, aprobada el 7 de noviembre de 1990.

Conscientes de la valiosa labor analítica que sobre el cambio climático llevan a cabo muchos Estados y de la importante contribución de la Organización Meteorológica Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y otros órganos, organizaciones y organismos del sistema de las Naciones Unidas, así como de otros organismos internacionales e intergubernamentales, al intercambio de los resultados de la investigación científica y a la coordinación de esa investigación.

Reconociendo que las medidas necesarias para entender el cambio climático y hacerle frente alcanzarán su máxima eficacia en los planos ambiental, social y económico si se basan en las consideraciones pertinentes de orden científico, técnico y económico y se reevalúan continuamente a la luz de los nuevos descubrimientos en la materia.

Reconociendo también que diversas medidas para hacer frente al cambio climático pueden justificarse económicamente por sí mismas y pueden ayudar también a resolver otros problemas ambientales.

Reconociendo también la necesidad de que los países desarrollados actúen de inmediato de manera flexible sobre la base de prioridades claras, como primer paso hacia estrategias de respuesta integral en los planos mundial, nacional y, cuando así se convenga, regional, que tomen en cuenta todos los gases de efecto invernade-

ro, con la debida consideración a sus contribuciones relativas a la intensificación del efecto de invernadero.

Reconociendo además que los países de baja altitud y otros países insulares pequeños, los países con zonas costeras bajas, zonas áridas y semiáridas, o zonas expuestas a inundaciones, sequía y desertificación, y los países en desarrollo con ecosistemas montañosos frágiles, son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático.

Reconociendo las dificultades especiales de aquellos países, especialmente países en desarrollo, cuyas economías dependen particularmente de la producción, el uso y la exportación de combustibles fósiles, como consecuencia de las medidas adoptadas para limitar las emisiones de gases de efecto invernadero.

Afirmando que las respuestas al cambio climático deberían coordinarse de manera integrada con el desarrollo social y económico con miras a evitar efectos adversos sobre este último, teniendo plenamente en cuenta las necesidades prioritarias legítimas de los países en desarrollo para el logro de un crecimiento económico sostenido y la erradicación de la pobreza.

Reconociendo que todos los países, especialmente los países en desarrollo, necesitan tener acceso a los recursos necesarios para lograr un desarrollo económico y social sostenible, y que los países en desarrollo, para avanzar hacia esa meta, necesitarán aumentar su consumo de energía, tomando en cuenta las posibilidades de lograr una mayor eficiencia energética y de controlar las emisiones de gases de efecto invernadero en general, entre otras cosas mediante la aplicación de nuevas tecnologías en condiciones que hagan que esa aplicación sea económica y socialmente beneficiosa.

Decididas a proteger el sistema climático para las generaciones presentes y futuras.

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1

DEFINICIONES*

Para los efectos de la presente Convención:

---

* Los títulos de los artículos se incluyen exclusivamente para orientar al lector.

1. Por "efectos adversos del cambio climático" se entiende los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos.

2. Por "cambio climático" se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables.

3. Por "sistema climático" se entiende la totalidad de la atmósfera, la hidrosfera, la biosfera y la geosfera, y sus interacciones.

4. Por "emisiones" se entiende la liberación de gases de efecto invernadero o sus precursores en la atmósfera en un área y un período de tiempo especificados.

5. Por "gases de efecto invernadero" se entiende aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y remiten radicación infrarroja.

6. Por "organización regional de integración económica" se entiende una organización constituida por los Estados soberanos de una región determinada que tiene competencia respecto de los asuntos que se rigen por la presente Convención o sus protocolos y que ha sido debidamente autorizada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar y aprobar los instrumentos correspondientes, o adherirse a ellos.

7. Por "depósito" se entiende uno o más componentes del sistema climático en que está almacenado un gas de efecto invernadero o un precursor de un gas de efecto invernadero.

8. Por "sumidero" se entiende cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe un gas de efecto invernadero, un aerosol o un precursor de un gas de efecto invernadero de la atmósfera.

9. Por "fuente" se entiende cualquier proceso o actividad que libera un gas de invernadero, un aerosol o un precursor de un gas de invernadero en la atmósfera.

Artículo 2

OBJETIVO

El objetivo último de la presente Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes, es lograr, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible.

Artículo 3

PRINCIPIOS

Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente:

1. Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos.

2. Deberían tomarse plenamente en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquéllas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, y las de aquéllas Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo que tendrían que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la Convención.

3. Las partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático

deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas.

4. Las Partes tienen derecho al desarrollo sostenible y deberían promoverlo. Las políticas y medidas para proteger el sistema climático contra el cambio inducido por el ser humano deberían ser apropiadas para las condiciones específicas de cada una de las Partes y estar integradas en los programas nacionales de desarrollo, tomando en cuenta que el crecimiento económico es esencial para la adopción de medidas encaminadas a hacer frente al cambio climático.

5. Las Partes deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional abierto y propicio que condujera al crecimiento económico y desarrollo sostenibles de todas las Partes, particularmente de las Partes que son países en desarrollo, permitiéndoles de ese modo hacer frente en mejor forma a los problemas del cambio climático. Las medidas adoptadas para combatir el cambio climático, incluidas las unilaterales, no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional.

Artículo 4

COMPROMISOS

1. Todas las Partes, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias deberán:

a) Elaborar, actualizar periódicamente, publicar y facilitar a la Conferencia de las Partes, de conformidad con el artículo 12, inventarios nacionales de las emisiones antropógenas por las fuentes y de la absorción por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, utilizando metodologías comparables que habrán de ser acordadas por la Conferencia de las Partes;

b) Formular, aplicar, publicar y actualizar regularmente programas nacionales y, según proceda, regionales, que contengan medidas orientadas a mitigar el cambio climático, tomando en cuenta las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, y medidas para facilitar la adaptación adecuada al cambio climático;

c) Promover y apoyar con su cooperación el desarrollo, la aplicación y la difusión, incluida la transferencia de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal en todos los sectores pertinentes, entre ellos la energía, el transporte, la industria, la agricultura, la silvicultura y la gestión de desechos;

d) Promover la gestión sostenible y promover y apoyar con su cooperación la conservación y el reforzamiento, según proceda, de los sumideros y depósitos de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, inclusive la biomasa, los bosques y los océanos, así como otros ecosistemas terrestres, costeros y marinos;

e) Cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático, desarrollar y elaborar planes apropiados e integrados para la ordenación de las zonas costeras, los recursos hídricos y la agricultura, y para la protección y rehabilitación de las zonas, particularmente de África, afectadas por la sequía y la desertificación, así como por las inundaciones;

f) Tener en cuenta, en la medida de lo posible, las consideraciones relativas al cambio climático en sus políticas y medidas sociales, económicas y ambientales pertinentes y emplear métodos apropiados, por ejemplo evaluaciones del impacto, formulados y determinados a nivel nacional, con miras a reducir al mínimo los efectos adversos en la economía, la salud pública y la calidad del medio ambiente, de los proyectos o medidas emprendidos por las Partes para mitigar el cambio climático o adaptarse a él;

g) Promover y apoyar con su cooperación la investigación científica, tecnológica, técnica, socioeconómica y de otra índole, la observación sistemática y el establecimiento de archivos de datos relativos al sistema climático, con el propósito de facilitar la comprensión de las causas, los efectos, la magnitud y la distribución cronológica del cambio climático, y de las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta y de

reducir o eliminar los elementos de incertidumbre que aún subsisten al respecto;

h) Promover y apoyar con su cooperación el intercambio pleno, abierto y oportuno de la información pertinente de orden científico, tecnológico, técnico, socieconómico y jurídico sobre el sistema climático y el cambio climático, y sobre las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta;

i) Promover y apoyar con su cooperación la educación, la capacitación y la sensibilización del público respecto del cambio climático y estimular la participación más amplia posible en ese proceso, incluida la de las organizaciones no gubernamentales;

j) Comunicar a la Conferencia de las Partes la información relativa a la aplicación, de conformidad con el artículo 12.

2. Las Partes que son países desarrollados y las demás Partes incluidas en el anexo I se comprometen específicamente a lo que se estipula a continuación:

a) Cada una de esas Partes adoptará políticas nacionales[1] y tomará las medidas correspondientes de mitigación del cambio climático, limitando sus emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero y protegiendo y mejorando sus sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero. Esas políticas y medidas demostrarán que los países desarrollados están tomando la iniciativa en lo que respecta a modificar las tendencias a más largo plazo de las emisiones antropógenas de manera acorde con el objetivo de la presente Convención, reconociendo que el regreso antes de fines del decenio actual a los niveles anteriores de emisiones antropógenas de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal contribuiría a tal modificación, y tomando en cuenta las diferencias de puntos de partida y enfoques, estructuras económicas y bases de recursos de esas Partes, la necesidad de mantener un crecimiento económico fuerte y sostenible, las tecnologías disponibles y otras circunstancias individuales, así como la necesidad de que cada una de esas Partes contribuya de manera equitativa y apropiada a la acción mundial para el logro de ese objetivo. Esas Partes podrán aplicar tales políticas y medidas conjuntamente con otras Partes y podrán ayudar a otras

1. Ello incluye las políticas y medidas adoptadas por las organizaciones regionales de integración económica.

Partes a contribuir al objetivo de la Convención y, en particular, al objetivo de este inciso;

b) A fin de promover el avance hacia ese fin, cada una de esas Partes presentará, con arreglo al artículo 12, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la Convención para esa Parte y periódicamente de allí en adelante, información detallada a cerca de las políticas y medidas a que se hace referencia en el inciso a) así como acerca de las proyecciones resultantes con respecto a las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción por los sumideros de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal para el período a que se hace referencia en el inciso a), con el fin de volver individual o conjuntamente a los niveles de 1990 esas emisiones antropógenas de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal. La Conferencia de las Partes examinará esa información en su primer período de sesiones y de allí en adelante en forma periódica, de conformidad con el artículo 7;

c) Para calcular las emisiones por las fuentes y la absorción por los sumideros de gases de efecto invernadero a los fines del inciso b), se tomarán en cuenta los conocimientos científicos más exactos de que se disponga, entre ellos, los relativos a la capacidad efectiva de los sumideros y a la respectiva contribución de esos gases al cambio climático. La Conferencia de las Partes examinará y acordará las metodologías que se habrán de utilizar para esos cálculos en su primer período de sesiones y regularmente de allí en adelante;

d) La Conferencia de las Partes examinará, en su primer período de sesiones, los incisos a) y b) para determinar si son adecuados. ese examen se llevará a cabo a la luz de las informaciones y evaluaciones científicas más exactas de que se disponga sobre el cambio climático y su repercusiones, así como de la información técnica, social y económica pertinente. Sobre la base de ese examen, la Conferencia de las Partes adoptará medidas apropiadas, que podrán consistir en la aprobación de enmiendas a los compromisos estipulados en los incisos a) y b). La Conferencia de las Partes, en su primer período de sesiones, también adoptará decisiones sobre criterios para la aplicación conjunta indicada en el inciso a). Se realizará un segundo examen de los incisos a) y b) a más tardar el 31 de diciembre de 1998, y luego otros a intervalos regulares determinados por la Conferencia de las Partes, hasta que se alcance el objetivo de la presente Convención;

e) Cada una de esas Partes:

i) Coordinará con las demás Partes indicadas, según proceda, los correspondientes instrumentos económicos y administrativos elaborados para conseguir el objetivo de la Convención; e

ii) Identificará y revisará periódicamente aquellas política y prácticas propias que alienten a realizar actividades que produzcan niveles de emisiones antropógenas de gases de efecto invemadero, no controlados por el Protocolo de Montreal, mayores de los que normalmente se producirían;

f) La Conferencia de las Partes examinará, a más tardar el 31 de diciembre de 1998, la información disponible con miras a adoptar decisiones respecto de las enmiendas que corresponda introducir en la lista de anexos I y II, con aprobación de la Parte interesada;

g) Cualquiera de las Partes no incluidas en el anexo I podrá, en su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en cualquier momento de allí en adelante, notificar al Depositario su intención de obligarse en virtud de los incisos a) y b) **supra**. El Depositario informará de la notificación a los demás signatarios y Partes.

3. Las Partes que son países desarrollados y las demás Partes desarrolladas que figuran en el anexo II, proporcionarán recursos financieros nuevos y adicionales para cubrir la totalidad de los gastos convenidos que efectúen las Partes que son países en desarrollo para cumplir sus obligaciones en virtud del párrafo 1 del artículo 12. También proporcionarán los recursos financieros, entre ellos, recursos para la transferencia de tecnología, que las Partes que son países en desarrollo necesiten para satisfacer la totalidad de los gastos adicionales convenidos resultantes de la aplicación de las medidas establecidas en el párrafo 1 de este artículo y que se hayan acordado entre una Parte que es país en desarrollo y la entidad internacional o las entidades internacionales a que se refiere el artículo 11, de conformidad con ese artículo. Al llevar a la práctica esos compromisos, se tomará en cuenta la necesidad de que la corriente de fondos sea adecuada y previsible, y la importancia de que la carga se distribuya adecuadamente entre las Partes que son países desarrollados.

4. Las Partes que son países desarrollados, y las demás Partes desarrolladas que figuran en el anexo II, también ayudarán a las Partes que son países en desarrollo particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático a hacer frente a los costos que entrañe su adaptación a esos efectos adversos.

5. Las Partes que son países en desarrollo y las demás Partes desarrolladas que figuran en el anexo II tomarán todas las medidas posibles para promover, facilitar y financiar, según proceda, la transferencia de tecnologías y conocimientos prácticos ambientalmente sanos, o el acceso a ellos, a otras Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, a fin de que puedan aplicar las disposiciones de la Convención. En este proceso, las Partes que son países desarrollados apoyarán el desarrollo y el mejoramiento de las capacidades y tecnologías endógenas de las Partes que son países en desarrollo. Otras Partes y organizaciones que estén en condiciones de hacerlo podrán también contribuir a facilitar la transferencia de dichas tecnologías.

6. En el cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud del párrafo 2 la Conferencia de las Partes otorgará cierto grado de flexibilidad a las Partes incluidas en el anexo I que están en proceso de transición a una economía de mercado, a fin de aumentar la capacidad de esas Partes de hacer frente al cambio climático, incluso en relación con el nivel histórico de emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal tomado como referencia.

7. La medida en que las Partes que son países en desarrollo lleven a la práctica efectivamente sus compromisos en virtud de la Convención dependerá de la manera en que las Partes que son países desarrollados lleven a la práctica efectivamente sus compromisos relativos a los recursos financieros y la transferencia de tecnología, y se tendrá plenamente en cuenta que el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son las prioridades primeras y esenciales de las Partes que son países en desarrollo.

8. Al llevar a la práctica los compromisos a que se refiere este artículo, las Partes estudiarán a fondo las medidas que sea necesario tomar en virtud de la Convención, inclusive medidas relacionadas con la financiación, los seguros y la transferencia de tecnología, para atender a las necesidades y preocupaciones específicas de las Partes que son países en desarrollo derivadas de los efectos adversos del cambio climático o del impacto de la aplicación de medidas de respuesta, en especial de los países siguientes:

a) Los países insulares pequeños;

b) Los países con zonas costeras bajas;

c) Los países con zonas áridas y semiáridas, zonas con cobertura forestal y zonas expuestas al deterioro forestal;

d) Los países con zonas propensas a los desastres naturales;

e) Los países con zonas expuestas a la sequía y a la desertificación;

f) Los países con zonas de alta contaminación atmosférica urbana;

g) Los países con zonas de ecosistemas frágiles, incluidos losecosistemas montañosos;

h) Los países cuyas economías dependen en gran medida de los ingresos generados por la producción, el procesamiento y la exportación de combustibles fósiles y productos asociados de energía intensiva, o de su consumo;

i) Los países sin litoral y los países de tránsito.

Además, la Conferencia de las Partes puede tomar las medidas que proceda en relación con este párrafo.

9. Las Partes tomarán plenamente en cuenta las necesidades específicas y las situaciones especiales de los países menos adelantados al adoptar medidas con respecto a la financiación y a la transferencia de tecnología.

10. Al llevar a la práctica los compromisos dimanantes de la Convención, las Partes tomarán en cuenta, de conformidad con el artículo 10, la situación de las Partes, en especial las Partes que son países en desarrollo, cuyas economías sean vulnerables a los efectos adversos de las medidas de respuesta a los cambios climáticos. Ello se aplica en especial a las Partes cuyas economías dependan en gran medida de los ingresos generados por la producción, el procesamiento y la exportación de combustibles fósiles y productos asociados de energía intensiva, o de su consumo, o del uso de combustibles fósiles cuya sustitución les ocasione serias dificultades.

Artículo 5

INVESTIGACION Y OBSERVACION SISTEMATICA

Al llevar a la práctica los compromisos a que se refiere el inciso g) del párrafo 1 del artículo 4 las Partes:

a) Apoyarán y desarrollarán aún más, según proceda, los programas y redes u organizaciones intemacionales e intergubemamentales, que tengan por objeto definir, realizar, evaluar o financiar actividades de investigación, recopilación de datos y observación sistemática, tomando en cuenta la necesidad de minimizar la duplicación de esfuerzos;

b) Apoyarán los esfuerzos internacionales e intergubernamentales para reforzar la observación sistemática y la capacidad y los medios nacionales de investigación científica y técnica, particularmente en los países en desarrollo, y para promover el acceso a los datos obtenidos de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, así como el intercambio y el análisis de esos datos; y

c) Tomarán en cuenta las necesidades y preocupaciones particulares de los países en desarrollo y cooperarán con el fin de mejorar sus medios y capacidades endógenas para participar en los esfuerzos a que se hace referencia en los apartados a) y b).

Artículo 6

EDUCACION, FORMACION Y SENSIBILIZACION DEL PUBLICO

Al llevar a la práctica los compromisos a que se refiere el inciso i) del párrafo 1 del artículo 4 las Partes:

a) Promoverán y facilitarán, en el plano nacional y, según proceda, en los planos subregional y regional, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales y según su capacidad respectiva:

i) La elaboración y aplicación de programas de educación y sensibilización del públicosobre el cambio climático y sus efectos;

ii) El acceso del público a la información sobre el cambio climático y sus efectos;

iii) La participación del público en el estudio del cambio climático y sus efectos y en la elaboración de las respuestas adecuadas; y

iv) La formación de personal científico, técnico y directivo;

b) Cooperarán, en el plano internacional, y, según proceda, por intermedio de organismos existentes, en las actividades siguientes, y las promoverán:

i) La preparación y el intercambio de material educativo y material destinado a sensibilizar al público sobre el cambio climático y sus efectos; y

ii) La elaboración y aplicación de programas de educación y formación, incluido el fortalecimiento de las instituciones nacionales y el intercambio o la adscripción de personal en cargado de formar expertos en esta esfera, en particular para países en desarrollo.

Artículo 7

CONFERENCIA DE LAS PARTES

1. Se establece por la presente una Conferencia de las Partes.

2. La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomará las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención. Con ese fin:

a) Examinará periódicamente las obligaciones de las Partes y los arreglos institucionales establecidos en virtud de la presente Convención, a la luz del objetivo de la Convención, de la experiencia obtenida de su aplicación y de la evolución de los conocimientos científicos y técnicos;

b) Promoverá y facilitará el intercambio de información sobre las medidas adoptadas por las Partes para hacer frente al cambio climático y sus efectos, teniendo en cuenta las circunstancias, responsabilidades y capacidades diferentes de las Partes y sus respectivos compromisos en virtud de la Convención;

c) Facilitará, a petición de dos o más Partes, la coordinación de las medidas adoptadas por ellas para hacer frente al cambio climático y sus efectos, tomando en cuenta las circunstancias, responsabilidades y capacidades de las Partes y sus respectivos compromisos en virtud de la Convención;

d) Promoverá y dirigirá, de conformidad con el objetivo y las disposiciones de la Convención, el desarrollo y el perfeccionamiento periódico de metodologías comparables que acordará la Conferencia de las Partes, entre otras cosas, con el objeto de preparar inventarios de las emisiones de gases de efecto invernadero por las fuentes y su absorción por los sumideros, y de evaluar la eficacia de las medidas adoptadas para limitar las emisiones y fomentar la absorción de esos gases;

e) Evaluará, sobre la base de toda la información que se le proporcione de conformidad con las disposiciones de la Convención, la aplicación de la Convención por las Partes, los efectos generales de las medidas adoptadas en virtud de la Convención, en particular los efectos ambientales, económicos y sociales, así como su efecto acumulativo y la medida en que se avanza hacia el logro del objetivo de la Convención;

f) Examinará y aprobará informes periódicos sobre la aplicación de la Convención y dispondrá su publicación;

g) Hará recomendaciones sobre toda cuestión necesaria para la aplicación de la Convención;

h) Procurará movilizar recursos financieros de conformidad con los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 4, y con el artículo 11;

i) Establecerá los órganos subsidiarios que considere necesarios para la aplicación de la Convención;

j) Examinará los informes presentados por sus órganos subsidiarios y proporcionará directrices a esos órganos;

k) Acordará y aprobará, por consenso, su reglamento y reglamento financiero, así como los de los órganos subsidiarios;

l) Solicitará, cuando corresponda, los servicios y la cooperación de las organizaciones internacionales y de los órganos intergubernamentales y no gubernamentales competentes y utilizará la información que éstos le proporcionen; y

m) Desempeñará las demás funciones que sean necesarias para alcanzar el objetivo de la Convención, así como todas las otras funciones que se le encomiendan en la Convención.

3. La Conferencia de las Partes, en su primer período de sesiones, aprobará su propio reglamento y los de los órganos subsidiarios establecidos en virtud de la Convención, que incluirán procedimientos para la adopción de decisiones sobre asuntos a los que no se apliquen los procedimientos de adopción de decisiones estipulados en la Convención. Esos procedimientos podrán especificar la mayoría necesaria para la adopción de ciertas decisiones.

4. El primer período de sesiones de la Conferencia de las Partes será convocado por la secretaría provisional mencionada en el artículo 21 y tendrá lugar a más tardar un año después de la entrada en vigor de la Convención. Posteriormente, los períodos ordinarios de sesiones de la Conferencia de las Partes se celebrarán anualmente, a menos que la Conferencia decida otra cosa.

5. Los períodos extraordinarios de sesiones de la Conferencia de las Partes se celebrarán cada vez que la Conferencia lo considere necesario, o cuando una de las Partes lo solicite por escrito, siempre que dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la secre-

taría haya transmitido a las Partes la solicitud, ésta reciba el apoyo de al menos un tercio de las Partes.

6. Las Naciones Unidas, sus organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como todo Estado miembro o todo observador de esas organizaciones que no sean Partes en la Convención, podrán estar representados en los períodos de sesiones de la Conferencia de las Partes como observadores. Todo otro organismo u órgano, sea nacional o internacional, gubernamental o no gubernamental, competente en los asuntos abarcados por la Convención y que haya informado a la secretaría de su deseo de estar representado en un período de sesiones de la Conferencia de las Partes como observador, podrá ser admitido en esa calidad, a menos que se oponga un tercio de las Partes presentes. La admisión y participación de los observadores se regirá por el reglamento aprobado por la Conferencia de las Partes.

Artículo 8

SECRETARIA

1. Se establece por la presente una secretaría.

2. Las funciones de la secretaría serán las siguientes:

a) Organizar los períodos de sesiones de la Conferencia de las Partes y de los órganos subsidiarios establecidos en virtud de la Convención y prestarles los servicios necesarios;

b) Reunir y transmitir los informes que se le presenten;

c) Prestar asistencia a las Partes, en particular a las Partes que son países en desarrollo, a solicitud de ellas, en la reunión y transmisión de la información necesaria de conformidad con las disposiciones de la Convención;

d) Preparar informes sobre sus actividades y presentarlos a la Conferencia de las Partes;

e) Asegurar la coordinación necesaria con las secretarías de los demás órganos internacionales pertinentes;

f) Hacer los arreglos administrativos y contractuales que sean necesarios para el cumplimientos eficaz de sus funciones, bajo la dirección general de la Conferencia de las Partes; y

g) Desempeñar las demás funciones de secretaría especificadas en la Convención y en cualquiera de sus protocolos, y todas las demás funciones que determine la Conferencia de las Partes.

3. La Conferencia de las Partes, en su primer período de sesiones, designará una secretaría permanente y adoptará las medidas necesarias para su funcionamiento.

Artículo 9

ORGANO SUBSIDIARIO DE ASESORAMIENTO CIENTIFICO Y TECNOLOGICO

1. Por la presente se establece un órgano subsidiario de asesoramiento científico y tecnológico encargado de proporcionar a la Conferencia de las Partes y, según proceda, a sus demás órganos subsidiarios, información y asesoramiento oportunos sobre los aspectos científicos y tecnológicos relacionados con la Convención. Este órgano estará abierto a la participación de todas las Partes y será multidisciplinario. Estará integrado por representantes de los gobiernos con competencia en la esfera de especialización pertinente. Presentará regularmente informes a la Conferencia de las Partes sobre todos los aspectos de su labor.

2. Bajo la dirección de la Conferencia de las Partes y apoyándose en los órganos internacionales competentes existentes, este órgano:

a) Proporcionará evaluaciones del estado de los conocimientos científicos relacionados con el cambio climático y sus efectos;

b) Preparará evaluaciones científicas sobre los efectos de las medidas adoptadas para la aplicación de la Convención;

c) Identificará las tecnologías y los conocimientos especializados que sean innovadores, eficientes y más avanzados y prestará asesoramiento sobre las formas de promover el desarrollo o de transferir dichas tecnologías;

d) Prestará asesoramiento sobre programas científicos, sobre cooperación internacional relativa a la investigación y la evolución del cambio climático, así como sobre medios de apoyar el desarrollo de las capacidades endógenas de los países en desarrollo; y

e) Responderá a las preguntas de carácter científico, técnico y metodológico que la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios le planteen.

3. La Conferencia de las Partes podrá ampliar ulteriormente las funciones y el mandato de este órgano.

Artículo 10

ORGANO SUBSIDIARIO DE EJECUCION

1. Por la presente se establece un órgano subsidiario de ejecución encargado de ayudar a la Conferencia de las Partes en la evaluación y el examen del cumplimiento efectivo de la Convención. Este órgano estará abierto a la participación de todas las Partes y estará integrado por representantes gubernamentales que sean expertos en cuestiones relacionadas con el cambio climático. Presentará regularmente informes a la Conferencia de las Partes sobre todos los aspectos de su labor.

2. Bajo la dirección de la Conferencia de las Partes, este órgano:

a) Examinará la información transmitida de conformidad con el párrafo 1 del artículo 12, a fin de evaluar en su conjunto los efectos agregados de las medidas adoptadas por las Partes a la luz de las evaluaciones científicas más recientes relativas al cambio climático;

b) Examinará la información transmitida de conformidad con el párrafo 2 del artículo 12, a fin de ayudar a la Conferencia de las Partes en la realización de los exámenes estipulados en el inciso d) del párrafo 2 del artículo 4; y

c) Ayudará a la Conferencia de las Partes, según proceda, en la preparación y aplicación de sus decisiones.

Artículo 11

MECANISMOS DE FINANCIACION

1. Por la presente se define un mecanismo para el suministro de recursos financieros a título de subvención o en condiciones de favor para, entre otras cosas, la transferencia de tecnología. Ese mecanismo funcionará bajo la dirección de la Conferencia de las Partes y rendirá cuentas a esa Conferencia, la cual decidirá sus políticas, las prioridades de sus programas y los criterios de aceptabilidad en relación con la presente Convención. Su funcionamiento será encomendado a una o más entidades internacionales existentes.

2. El mecanismo financiero tendrá una representación equitativa y equilibrada de todas las Partes en el marco de un sistema de dirección transparente.

3. La Conferencia de las Partes y la entidad o entidades a que se encomiende el funcionamiento del mecanismo financiero convendrán en los arreglos destinados a dar efecto a los párrafos precedentes, entre los que se incluirán los siguientes:

a) Modalidades para asegurar que los proyectos financiados para hacer frente al cambio climático estén de acuerdo con las políticas, las prioridades de los programas y los criterios de aceptabilidad establecidos por la Conferencia de las Partes;

b) Modalidades mediante las cuales una determinada decisión de financiación puede ser reconsiderada a la luz de esas políticas, prioridades de los programas y criterios de aceptabilidad;

c) La presentación por la entidad o entidades de informes periódicos a la Conferencia de las Partes sobre sus operaciones de financiación, en forma compatible con el requisito de rendición de cuentas enunciado en el párrafo 1; y

d) La determinación en forma previsible e identificable del monto de la financiación necesaria y disponible para la aplicación de la presente Convención y las condiciones con arreglo a las cuales se revisará periódicamente ese monto.

4. La Conferencia de las Partes hará en su primer período de sesiones arreglos para aplicar las disposiciones precedentes, examinando y tomando en cuenta los arreglos provisionales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21, y decidirá si se han de mantener esos arreglos provisionales. Dentro de los cuatro años siguientes, la Conferencia de las Partes examinará el mecanismo financiero y adoptará las medidas apropiadas.

5. Las Partes que son países desarrollados podrán también proporcionar, y las Partes que sean países en desarrollo podrán utilizar, recursos financieros relacionados con la aplicación de la presente Convención por conductos bilaterales, regionales y otros conductos multilaterales.

Artículo 12

TRANSMISION DE INFORMACION RELACIONADA CON LA APLICACION

1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 4, cada una de las Partes transmitirá a la Conferencia de las Partes, por conducto de la secretaría, los siguientes elementos de información:

a) Un inventario nacional, en la medida que lo permitan sus posibilidades, de las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, utilizando metodologías comparables que promoverá y aprobará la Conferencia de las Partes;

b) Una descripción general de las medidas que ha adoptado o prevé adoptar para aplicar la Convención; y

c) Cualquier otra información que la Parte considere pertinente para el logro del objetivo de la Convención y apta para ser incluida en su comunicación, con inclusión de, si fuese factible, datos pertinentes para el cálculo de las tendencias de las emisiones mundiales.

2. Cada una de las Partes que son países desarrollados y cada una de las demás Partes comprendidas en el anexo I incluirá en su comunicación los siguientes elementos de información:

a) Una descripción detallada de las políticas y medidas que haya adoptado para llevar a la práctica su compromiso con arreglo a los incisos a) y b) del párrafo 2 del artículo 4;

b) Una estimación concreta de los efectos que tendrán las políticas y medidas a que se hace referencia en el apartado a) sobre las emisiones antropógenas por sus fuentes y la absorción por sus sumideros de gases de efecto invernadero durante el período a que se hace referencia en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 4.

3. Además, cada una de las Partes que sea un país desarrollado y cada una de las demás Partes desarrolladas comprendidas en el anexo II incluirán detalles de las medidas adoptadas de conformidad con los párrafo 3, 4 y 5 del artículo 4.

4. Las Partes que son países en desarrollo podrán proponer voluntariamente proyectos para financiación, precisando las tecnologías, los materiales, el equipo, las técnicas o las prácticas que se necesitarían para ejecutar esos proyectos, e incluyendo, de ser posible una estimación de todos los costos adicionales, de las reducciones de las emisiones y del incremento de la absorción de gases de efecto invemadero, así como una estimación de los beneficios consiguientes.

5) Cada una de las Partes que sea un país en desarrollo y cada una de las demás Partes incluidas en el anexo I presentarán una comunicación inicial dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la Convención respecto de esa Parte. Cada una de las

demás Partes que no figure en esa lista presentará una comunicación inicial dentro del plazo de tres años contados desde que entre en vigor la Convención respecto de esa Parte o que se disponga de recursos financieros de conformidad con el párrafo 3 del artículo 4. Las Partes que pertenezcan al grupo de los países menos adelantados podrán presentar la comunicación inicial a su discreción. La Conferencia de las Partes determinará la frecuencia de las comunicaciones posteriores de todas las Partes, teniendo en cuenta los distintos plazos fijados en este párrafo.

6. La información presentada por las Partes con arreglo a este artículo será transmitida por la secretaría, lo antes posible, a la Conferencia de la Partes y a los órganos subsidiarios correspondientes. De ser necesario, la Conferencia de las Partes podrá examinar nuevamente los procedimientos de comunicación de la información.

7. A partir de su primer período de sesiones, la Conferencia de las Partes tomará disposiciones para facilitar asistencia técnica y financiera a las Partes que son países en desarrollo, a petición de ellas, a efectos de recopilar y presentar información con arreglo a este artículo, así como de determinar las necesidades técnicas y financieras asociadas con los proyectos propuestos y las medidas de respuesta en virtud del artículo 4. Esa asistencia podrá ser proporcionada por otras Partes, por organizaciones internacionales competentes y por la secretaría, según proceda.

8. Cualquier grupo de Partes podrá, con sujeción a las directrices que adopte la Conferencia de las Partes y a la notificación previa a la Conferencia de las Partes, presentar una comunicación conjunta en cumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de este artículo, siempre que esa comunicación incluya información sobre el cumplimiento por cada una de esas Partes de sus obligaciones individuales con arreglo a la presente Convención.

9. La información que reciba la secretaría y que esté catalogada como confidencial por la Parte que la presenta, de conformidad con criterios que establecerá la Conferencia de las Partes, será compilada por la secretaría de manera que se proteja su carácter confidencial, antes de ponerla a disposición de alguno de los órganos que participen en la transmisión y el examen de la información.

10. Con sujeción al párrafo 9, y sin perjuicio de la facultad de cualquiera de las Partes de hacer pública su comunicación en cualquier momento, la secretaría hará públicas las comunicaciones de las Partes con arreglo a este artículo en el momento en que sean presentadas a la Conferencia de las Partes.

Artículo 13

RESOLUCION DE CUESTIONES RELACIONADAS
CON LA APLICACION DE LA CONVENCION

En su primer período de sesiones, la Conferencia de las Partes considerará el establecimiento de un mecanismo consultivo multilateral, al que podrán recurrir las Partes, si así lo solicitan, para la resolución de cuestiones relacionadas con la aplicación de la Convención.

Artículo 14

ARREGLO DE CONTROVERSIAS

1. En caso de controversia entre dos o más Partes sobre la interpretación o la aplicación de la Convención, las Partes interesadas tratarán de solucionarla mediante la negociación o cualquier otro medio pacífico de su elección.

2. Al ratificar, aceptar o aprobar la Convención o al adherirse a ella, o en cualquier momento a partir de entonces, cualquier Parte que no sea una organización regional de integración económica podrá declarar en un instrumento escrito presentado al Depositario que reconoce como obligatorio **ipso facto** y sin acuerdo especial, con respecto a cualquier controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención, y en relación con cualquier Parte que acepte la misma obligación:

a) El sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia; o

b) El arbitraje de conformidad con los procedimientos que la Conferencia de las Partes establecerá, en cuanto resulte factible, en un anexo sobre el arbitraje.

Una Parte que sea una organización regional de integración económica podrá hacer una declaración con efecto similar en relación con el arbitraje de conformidad con los procedimientos mencionados en el inciso b).

3. Toda declaración formulada en virtud del párrafo 2 de este artículo seguirá en vigor hasta su expiración de conformidad con lo previsto en ella o hasta que hayan transcurrido tres meses desde que se entregó al Depositario la notificación por escrito de su revocación.

4. Toda nueva declaración, toda notificación de revocación o la expiración de la declaración no afectará de modo alguno los procedimientos pendientes ante la Corte Internacional de Justicia o ante el tribunal de arbitraje, a menos que las Partes en la controversia convengan en otra cosa.

5. Con sujeción a la aplicación del párrafo 2, si, transcurridos 12 meses desde la notificación por una Parte a otra de la existencia de una controversia entre ellas, las Partes interesadas no han podido solucionar su controversia por los medios mencionados en el párrafo 1, la controversia se someterá, a petición de cualquiera de las partes en ella a conciliación.

6. A petición de una de las Partes en la controversia, se creará una comisión de conciliación, que estará compuesta por un número igual de miembros nombrados por cada Parte interesada y un presidente elegido conjuntamente por los miembros nombrados por cada Parte. La Comisión formulará una recomendación que las Partes considerarán de buena fe.

7. En cuanto resulte factible, la Conferencia de las Partes establecerá procedimientos adicionales relativos a la conciliación en un anexo sobre la conciliación.

8. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes, a menos que se disponga otra cosa en el instrumento.

Artículo 15

ENMIENDAS A LA CONVENCION

1. Cualquiera de las Partes podrá proponer enmiendas a la Convención.

2. Las enmiendas a la Convención deberán aprobarse en un período ordinario de sesiones de la Conferencia de las Partes. La secretaría deberá comunicar a las Partes el texto del proyecto de enmienda al menos seis meses antes de la reunión en la que se proponga la aprobación. La secretaría comunicará asimismo los proyectos de enmienda a los signatarios de la Convención y, a título informativo, al Depositario.

3. Las partes pondrán el máximo empeño en llegar a un acuerdo por consenso sobre cualquier proyecto de enmienda a la Convención. Si se agotan todas las posibilidades de obtener el consenso,

sin llegar a un acuerdo, la enmienda será aprobada, como último recurso, por mayoría de tres cuartos de las Partes presentes y votantes en la reunión. La secretaría comunicará la enmienda aprobada al Depositario, el cual la hará llegar a todas las Partes para su aceptación.

4. Los instrumentos de aceptación de las enmiendas se entregarán al Depositario. Las enmiendas aprobadas de conformidad con el párrafo 3 de este artículo entrarán en vigor, para las Partes que las hayan aceptado, al nonagésimo día contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido instrumentos de aceptación de por lo menos tres cuartos de las Partes en la Convención.

5. Las enmiendas entrarán en vigor para las demás Partes al nonagésimo día contado desde la fecha en que hayan entregado al Depositario el instrumento de aceptación de las enmiendas.

6. Para los fines de este artículo, por "Partes presentes y votantes" se entiende las Partes presentes que emitan un voto afirmativo o negativo.

Artículo 16

APROBACION Y ENMIENDA DE LOS ANEXOS DE LA CONVENCION

1. Los anexos de la Convención formarán parte integrante de ésta y, salvo que se disponga expresamente otra cosa, toda referencia a la Convención constituirá al mismo tiempo una referencia a cualquiera de sus anexos. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 2 y el párrafo 7 del artículo 14, en los anexos sólo se podrán incluir listas, formularios y cualquier otro material descriptivo que trate de asuntos científicos, técnicos, de procedimiento o administrativos.

2. Los anexos de la Convención se propondrán y aprobarán de conformidad con el procedimiento establecido en los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 15.

3. Todo anexo que haya sido aprobado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior entrará en vigor para todas las Partes de la Convención seis meses después de la fecha en que el Depositario haya comunicado a las Partes su aprobación, con excepción de las Partes que hubieran notificado por escrito al Depositario, dentro de ese período, su no aceptación del anexo. El anexo entrará en vigor para las Partes que hayan retirado su notificación de no

aceptación, al nonagésimo día contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido el retiro de la notificación.

4. La propuesta, aprobación y entrada en vigor de enmiendas a los anexos de la Convención se regirán por el mismo procedimiento aplicable a la propuesta, aprobación y entrada en vigor de los anexos de la Convención, de conformidad con los párrafos 2 y 3 de este artículo.

5. Si para aprobar un anexo, o una enmienda a un anexo, fuera necesario enmendar la Convención, el anexo o la enmienda a un anexo no entrarán en vigor hasta que la enmienda a la Convención entre en vigor.

Artículo 17

PROTOCOLOS

1. La Conferencia de las Partes podrá, en cualquier período ordinario de sesiones, aprobar protocolos de la Convención.

2. La secretaría comunicará a las Partes el texto de todo proyecto de protocolo por lo menos seis meses antes de la celebración de ese período de sesiones.

3. Las condiciones para la entrada en vigor del protocolo serán establecidas por ese instrumento.

4. Sólo las Partes en la Convención podrán ser Partes en un protocolo.

5. Sólo las Partes en un protocolo podrán adoptar decisiones de conformidad con ese protocolo.

Artículo 18

DERECHO DE VOTO

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 de este artículo, cada Parte en la Convención tendrá un voto.

2. Las organizaciones regionales de integración económica, en los asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sea Partes en la Convención. Esas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si cualquiera de sus Estados miembros ejerce el suyo, y viceversa.

Artículo 19

DEPOSITARIO

El Secretario General de las Naciones Unidas será el Depositario de la Convención y de los protocolos aprobados de conformidad con el artículo 17.

Artículo 20

FIRMA

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de un organismo especializado o que sean partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de las organizaciones regionales de integración económica en Río de Janeiro, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y posteriormente en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 20 de junio de 1992 al 19 de junio de 1993.

Artículo 21

DISPOSICIONES PROVISIONALES

1. Las funciones de secretaría a que se hace referencia en el artículo 8 serán desempeñadas a título provisional, hasta que la Conferencia de las Partes termine su primer período de sesiones, por la secretaría establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/212, de 21 de diciembre de 1990.

2. El jefe de la secretaría provisional a que se hace referencia en el párrafo 1 cooperará estrechamente con el Grupo intergubernamental sobre cambios climáticos a fin de asegurar que el Grupo pueda satisfacer la necesidad de asesoramiento científico y técnico objetivo. Podrá consultarse también a otros organismos científicos competentes.

3. El Fondo para el Medio Ambiente Mundial, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, será la entidad internacional encargada a título provisional del funcionamiento del mecanismo financiero a que se hace referencia en el artículo 11. A este respecto, debería reestructurarse adecuadamente el Fondo para el Medio Ambiente

Mundial, y dar carácter universal a su composición, para permitirle cumplir los requisitos del artículo 11.

Artículo 22

RATIFICACION, ACEPTACION, APROBACION O ADHESION

1. La Convención estará sujeta a ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de los Estados y de las organizaciones regionales de integración económica. Quedará abierta a la adhesión a partir del día siguiente a aquél en que la Convención quede cerrada a la firma. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Depositario.

2. Las organizaciones regionales de integración económica que pasen a ser Partes en la Convención sin que ninguno de sus Estados miembros lo sea quedarán sujetas a todas las obligaciones que les incumban en virtud de la Convención. En el caso de las organizaciones que tengan uno o más Estados miembros que sean Partes en la Convención, la organización y sus Estados miembros determinarán su respectiva responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones que les incumban en virtud de la Convención. En esos casos, la organización y los Estados miembros no podrán ejercer simultáneamente derechos conferidos por la Convención.

3. Las organizaciones regionales de integración económica expresarán en sus instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión el alcance de su competencia con respecto a cuestiones regidas por la Convención. Esas organizaciones comunicarán asimismo cualquier modificación sustancial en el alcance de su competencia al Depositario, el cual a su vez la comunicará a las Partes.

Artículo 23

ENTRADA EN VIGOR

1. La Convención entrará en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que se haya depositado el quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2. Respecto de cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe la Convención o se

adhiera a ella una vez depositado el quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que el Estado o la organización haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

3. Para los efectos de los párrafos 1 y 2 de este artículo, el instrumento que deposite una organización regional de integración económica no contará además de los que hayan depositado los Estados miembros de la organización.

Artículo 24

RESERVAS

No se podrán formular reservas a la Convención.

Artículo 25

DENUNCIA

1. Cualquiera de las Partes podrá denunciar la Convención, previa notificación por escrito al Depositario, en cualquier momento después de que hayan transcurrido tres años a partir de la fecha en que la Convención haya entrado en vigor respecto de esa Parte.

2. La denuncia surtirá efecto al cabo de un año contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido la notificación correspondiente o, posteriormente, en la fecha que se indique en la notificación.

3. Se considerará que la Parte que denuncia la Convención denuncia asimismo los protocolos en que sea Parte.

Artículo 26

TEXTOS AUTENTICOS

El original de esta Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL los infrascritos, debidamente autorizados a esos efectos, han firmado la presente Convención.

HECHA en Nueva York el nueve de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Anexo I

Alemania
Australia
Austria
Belarúsa[a]
Bélgica
Bulgaria[a]
Canadá
Comunidad Europea
Checoslovaquia[a]
Dinamarca
España
Estados Unidos de América
Estonia[a]
Federación de Rusia[a]
Finlandia
Francia
Grecia
Hungría[a]
Irlanda
Islandia
Italia
Japón
Letonia[a]
Lituania[a]
Luxemburgo
Noruega
Nueva Zelandia
Países Bajos
Polonia[a]
Portugal
Reino Unido de Gran Bretaña
e Irlanda del Norte
Rumania[a]
Suecia
Suiza
Turquía
Ucrania[a]

Anexo II

Alemania
Australia
Austria
Bélgica
Canadá
Comunidad Europea
Dinamarca
España
Estados Unidos de América
Finlandia
Francia
Grecia
Irlanda
Islandia
Italia
Japón
Luxemburgo
Noruega
Nueva Zelandia
Países Bajos
Portugal
Reino Unido de Gran Bretaña
e Irlanda del Norte
Suecia
Suiza
Turquía

---

a. Países que están en proceso de transición a una economía de mercado.

II. ANTECEDENTES

La Presidencia de la República remitió a esta Corporación copia auténtica de la Ley 164 de octubre 27 de 1994, "por medio de la cual se aprueba la "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992", en cumplimiento de lo establecido en el artículo 241-10 de la Constitución.

Con fundamento en el artículo 44 del Decreto 2067 de 1991, que ordena someter al trámite ordinario las revisiones oficiosas de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, el magistrado ponente, mediante auto del doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), avocó el conocimiento de la convención y de su ley aprobatoria, decretó la práctica de pruebas y ordenó la fijación en lista del negocio para permitir la intervención ciudadana que consagran los artículos 242, numeral 1 de la Constitución y 7, inciso 2, del decreto antes citado. Igualmente, dispuso el traslado del negocio al despacho del Señor Procurador, quien rindió el concepto de rigor.

III. PRUEBAS

El Magistrado Ponente, solicitó al Ministerio del Medio Ambiente, al Ministerio de Minas y Energía y al Departamento Administrativo del Medio Ambiente -DAMA-, hacer una descripción de la situación de contaminación atmosférica en Colombia y de las medidas tomadas para contrarrestar sus efectos. Las conclusiones que arrojan las pruebas practicadas, se recogen más adelante en la presente sentencia, bajo el acápite de "descripción de la situación de contaminación atmosférica en Colombia".

IV. INTERVENCIONES

Ministerio de Relaciones Exteriores

La ciudadana Sonia Pereira Portilla, apoderada que interviene en representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la ley revisada.

Señala que los cambios climáticos acaecidos a consecuencia del aumento de los gases de efecto invernadero, producto de las actividades humanas, se han convertido en un tema de creciente preocupación mundial. Entre los efectos negativos de esta situación, menciona el aumento de los niveles del mar, el cambio de patrones de evapo-transpiración y humedad del suelo, las inundaciones, los aumentos de salinidad en el agua y la pérdida de diversidad biológica.

Aduce que en los países localizados en la zona intertropical - como Colombia -, los efectos del fenómeno, en caso de no ser controlado, se sentirían con especial rigor en las zonas bajas - valles de los ríos Magdalena, Cauca, Arauca, San Jorge y Sinú, áreas y ciudades costeras -, en donde se presentarán crecientes inundaciones. Otras zonas, vulnerables a la aridez como la Guajira, la Orinoquía y los valles transversales, se verían igualmente afectadas, además del aumento de enfermedades y plagas en vegetales, el incremento de incendios forestales y el impacto negativo sobre la vida útil de los embalses.

A su juicio, la Convención no sólo se erige en un instrumento que permite responder a los problemas descritos, sino que desarrolla los artículos 79 y 80 C.P., sobre protección del medio ambiente y de los recursos naturales.

Asegura que las obligaciones surgidas de la Convención están sujetas al grado de desarrollo y circunstancias particulares de los países, con lo cual la Convención se adecúa a los principios de equidad y reciprocidad que rigen las relaciones internacionales. Sostiene, por último, que al país le conviene la búsqueda de un consenso que incorpore el derecho a elegir opciones variadas para atender los compromisos de estabilización y reducción de gases de invernadero, sin sacrificar las metas de crecimiento económico y bienestar social.

Ministerio del Medio Ambiente

El Ministerio del Medio Ambiente presentó a la Corporación un memorial en el que defiende la constitucionalidad de la Ley 164 de 1994.

La acumulación de gases invernadero, sostiene, produciría un cambio climático que tendría efectos nefastos sobre "el entorno marítimo y los niveles del mar, la distribución y conformación de los asentamientos humanos, la degradación de los suelos, la producción de la energía y la protección de la biodiversidad".

La Ley 99 de 1993, aduce, establece los lineamientos de la política ambiental colombiana, en concordancia con las normas constitucionales. Así, en el artículo 1 numeral 1, se dispone que el desarrollo social y económico del país se establecerá de conformidad con los postulados previstos en la Declaración de Río, normas de carácter universal que, entre otras, exigen la reducción de factores antropógenos causantes del cambio climático.

La Convención objeto de revisión, señala el Ministerio de Medio Ambiente, tiene por objetivo lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, en un período tal que los ecosistemas se adapten naturalmente a las nuevas condiciones ambientales y que permitan

un desarrollo económico sostenible, sin amenazas de reducción en la producción alimenticia.

Para tal efecto, se estipulan una serie de compromisos, los cuales responden a un principio de "responsabilidad compartida pero diferenciada", conforme al cual, las obligaciones de cada parte corresponden a su capacidad real para enfrentar los problemas ambientales. Igualmente, se contempla en el convenio, la asistencia, por parte de las naciones desarrolladas, en materia de transferencia de tecnología y de recursos económicos, a países en vía de desarrollo.

Considera, finalmente, que la ley aprobatoria de la Convención, lejos de contrariar postulados constitucionales, los desarrolla.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR

El Procurador General de la Nación, en escrito del dieciséis (16) de febrero de 1995, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, así como de la Ley 164 del 27 de octubre de 1994, aprobatoria de la misma.

El concepto fiscal anota que la convención fue firmada el día 11 de junio de 1992, por el entonces Presidente de la República, Dr. César Gaviria Trujillo, en uso de las facultades que la Constitución en su artículo 189-2 le otorga como Jefe de Estado. Por otra parte, encuentra que el trámite de la ley aprobatoria, cumplió con todas las formalidades contempladas en la Constitución y en el Reglamento del Congreso.

En lo que atañe al examen material de constitucionalidad, el Jefe del Ministerio Público no encuentra reparo alguno de índole constitucional que afecte la validez de las disposiciones contenidas en el Instrumento Público sujeto a revisión, ni tampoco de su Ley aprobatoria. Por el contrario, considera que "el problema del cambio climático encuentra eco en los preceptos de la Constitución Política de Colombia, en los cuales se hace repetida referencia a la protección del medio ambiente, el desarrollo económico sostenible y el bienestar de la comunidad, así como el respeto al derecho internacional".

VI. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la exequibilidad de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el

cambio climático, y de su ley aprobatoria (L.164 de 1994), de conformidad con el artículo 241 numeral 10 de la Constitución.

Descripción de la situación de contaminación atmosférica en Colombia

2. Según el Ministerio del Medio Ambiente, los principales causantes de la contaminación atmosférica en el país corresponden a "material particulado, óxidos de azufre y óxidos de nitrógeno", causados por fuentes fijas y móviles. Se destacan dentro de las primeras, las emisiones de óxido de azufre, material particulado y monóxido de carbono, como consecuencia de la combustión incompleta de combustibles fósiles, principalmente en la generación de energía eléctrica.

Respecto de la responsabilidad sectorial en las emisiones, el Ministerio informa que, con base en datos de 1989, la industria de productos minerales generó el 53% de la contaminación por "material particulado"; la refinación del petróleo, el 45% de las emisiones de dióxido de azufre; y, las industrias manufactureras de productos no metálicos, el 56% del óxido de nitrógeno presente en el aire.

3. En cuanto a las medidas adoptadas para contrarrestar la contaminación atmosférica, el Ministerio del Medio Ambiente señala que actualmente se prepara un decreto que reglamenta la protección de la calidad del aire, con miras a controlar los procesos industriales en el país, así como la emisión de contaminantes producto de la utilización de combustibles. Además, informa que se han fijado parámetros jurídicos, acompañados de medidas de cumplimiento, a fin de que el sector industrial colombiano se someta a las indicaciones gubernamentales.

El Ministerio de Minas y Energía, por su parte, describe las medidas tomadas en relación con los combustibles utilizados en el sector automotriz, las cuales se pueden dividir en dos grupos: primero, las acciones destinadas a reducir el uso de combustibles generadores de gases propiciadores del efecto invernadero, y, segundo, las medidas tomadas para reducir los efectos contaminantes de gasolina, A.C.P.M. y lubricantes.

4. La información remitida por las dependencias oficiales, permite vislumbrar una preocupante panorámica en materia de contaminación atmosférica para el país. La presencia de los elementos químicos señalados, muestra que hasta ahora se están diseñando y poniendo en ejecución controles ambientales de las fuentes de contaminación que generan la destrucción de la capa de ozono y productoras del efecto invernadero y la lluvia ácida.

De acuerdo con lo estipulado en el Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono, el monóxido de carbono y los óxidos de nitrógeno y de azufre, sustancias presentes en la atmósfera del país, son considerados agentes potencialmente destructores de la capa de ozono y generadores de la lluvia ácida. Estas sustancias inciden negativamente en la calidad del medio ambiente y propician el cambio climático. La lluvia ácida, entre otros efectos, modifica el Ph de las tierras, disminuyendo el potencial agrícola del suelo, la capa vegetal y el follaje arbóreo. El efecto invernadero, por su parte, según algunos analistas, podría ser la causa del "fenómeno del niño", cuyas consecuencias son bien conocidas en el país, debido, entre otras, al racionamiento eléctrico del año 1992.

Todo lo anterior, a la luz de las normas constitucionales de protección del medio ambiente y de los recursos naturales, ilustra sobre la necesidad de que Colombia apruebe la Convención Marco sobre cambio climático, de manera que se potencialicen los esfuerzos para prevenir y controlar el deterioro ambiental.

Descripción General del Convenio

5. Por razones metodológicas y para facilitar su análisis, la convención se ha dividido en seis partes. Dicha división se efectúa teniendo como criterio, la agrupación del articulado referente a un mismo aspecto de la Convención.

En los considerandos de la Convención, se expresan las razones por las cuales se hace necesario que los países adopten un instrumento internacional para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático. Se reconoce la soberanía de los Estados en materia de explotación de los recursos naturales, así como en materia de adopción de leyes para la regulación del cambio climático. Así mismo, se reconoce, que las medidas tendientes a evitar los efectos nocivos del cambio climático, se deben aplicar de manera diferenciada, teniendo en cuenta las situación física, social, y económica de los países partes.

5.1 Los artículos 1, 2 y 3 se refieren a aspectos de la convención, que son la base para su comprensión y aplicación.

El artículo 1 contiene definiciones que fijan el significado de los términos utilizados en la convención. Designa factores y efectos de carácter físico, químico o biológico relacionados con el cambio climático.

El artículo 2, señala el objetivo de la Convención, a saber, la fijación de disposiciones que impidan interferencias antropógenas en desmedro del sistema climático.

Los principios contemplados, en el artículo 3, señalan los parámetros que informan la aplicación de la convención, los cuales pueden sintetizarse así: responsabilidad diferenciada de los países y basada en la equidad para evitar que las medidas adoptadas con el fin de evitar los efectos nocivos para el sistema climático, impliquen cargas anormales para algunos países; propósito de las partes de reducir al mínimo las causas del cambio climático, teniendo en cuenta los diversos contextos socio-económicos y buscando la máxima efectividad al menor costo; reconocimiento del derecho de los países al desarrollo sostenible, y aceptación del hecho de que el desarrollo económico es el sustrato que permite a los países adoptar medidas para remediar los efectos producidos por el cambio climático; llamamiento a las partes para que establezcan un sistema económico abierto que permita un desarrollo sostenible; proscripción de medidas para combatir el cambio climático que constituyan una discriminación o restricción encubierta del comercio internacional.

5.2 Los artículos 4, 5 y 6 conforman un apartado, en que se indican los compromisos y obligaciones de las partes. Se distinguen compromisos de carácter general, aplicables a todos los Estados parte, y obligaciones diferenciadas, aplicables a los países según el grado de desarrollo y situación física y económica de los mismos.

El artículo 4, consagra, en su primera parte, compromisos de carácter general para todas las partes: publicación de datos sobre emisiones antropógenas; publicación y aplicación de medidas para contrarrestar el cambio climático; cooperación en el desarrollo y transferencia de tecnología con el fin hacer frente al cambio climático; promoción de la gestión sostenible; cooperación en la adaptación al cambio climático y rehabilitación de zonas afectadas; consideración de los aspectos referentes al cambio climático en la adopción políticas económicas y ambientales; promoción de la investigación e intercambio informativo, educación y sensibilización de la población sobre la problemática derivada del cambio climático.

La segunda parte del mismo artículo se refiere a los compromisos concretos de los países, los cuales se establecen teniendo en cuenta el grado de desarrollo de los mismos. Según este criterio, los países desarrollados y los países en transición hacia una economía de mercado - por lo general, países de la extinta Unión Soviética -, se obligan a adoptar medidas de carácter nacional para mitigar los efectos del cambio climático y reducir el nivel de gases de efecto invernadero, al existente en 1.990. Igualmente, se establece para los países en mención, el deber de informar sobre las medidas adoptadas y los avances obtenidos en este campo. Adicionalmente, se indica la metodología que la Conferencia de las Partes debe adoptar para evaluar el cumplimiento de los compromisos.

Los artículos 5 y 6, son desarrollo de las obligaciones específicas de las partes. El primero de ellos hace referencia a la obligación de observación e investigación sistemática y exige la colaboración de las partes en los planes y esfuerzos investigativos. Por su parte el artículo 6, estatuye la obligación de promover, en el plano nacional e internacional, la educación, capacitación, sensibilización, y acceso del público a la información sobre cambio climático.

5.3 Los artículos 7, 8, 9 y 10 de la convención se refieren a los órganos diseñados para su funcionamiento y efectividad. La Conferencia de las Partes se erige como órgano superior, con la función básica de regular la aplicación de la convención, mediante la evaluación del cumplimiento de las obligaciones por las partes y la promoción de la aplicación de medidas y el establecimiento de órganos subsidiarios. A la Conferencia le corresponde ejercer funciones de índole directiva, como la fijación de procedimientos no establecidos en Convención y la regulación su propio funcionamiento. Por su parte, el artículo 7 señala, entre otras cosas, la oportunidad para la celebración de las sesiones ordinarias y extraordinarias, los temas a tratar en ellas y la posibilidad de que observadores asistan a las mismas.

En el artículo 8 se establece una secretaría, como órgano que desarrolla funciones básicamente administrativas, de coordinación y transmisión de la información.

En los artículos 9 y 10, se establecen dos órganos auxiliares. El primero de ellos se denomina "órgano subsidiario de asesoramiento científico y tecnológico". Este se encarga de prestar asesoría a los países, en la evaluación del estado del cambio climático, de sus efectos y del desarrollo de nuevas tecnologías. El segundo, "denominado órgano subsidiario de ejecución", tiene como función velar por el cumplimiento de las obligaciones, en especial en lo referente a la transmisión de información.

5.4 Otro grupo de disposiciones lo conforman los artículos 11 y 12 de la convención. El primero regula lo referente al establecimiento de un mecanismo de financiación para asegurar el suministro de recursos financieros; se establece que el manejo de la financiación se encargará a entidades internacionales; se señala como función de estas entidades la de concertar arreglos entre las partes para lograr la consecución de recursos; y se indica que estos arreglos podrán ser posteriormente revisados. El artículo 12, por su parte, desarrolla de forma detallada lo concerniente a la obligación de transmisión de información, discrimina las obligaciones de cada una de las parte según su nivel de desarrollo, y establece la periodicidad con que se deben presentar los informes. Esta obligación, en términos generales, consiste en la imposición de la carga de informar sobre emisiones de gases efecto inverna-

dero y sobre las medidas adoptadas para hacer frente a los efectos adversos que genera el cambio climático.

5.5 Los artículos 13 y 14, establecen los mecanismos con que se cuenta para la resolución de controversias relacionadas con la aplicación de la convención. Ellos son el establecimiento de un mecanismo consultivo, la negociación directa, el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia, la conciliación o el arbitraje.

5.6 El conjunto final de artículos - del 15 hasta el 26 - se refieren a procedimientos para realizar enmiendas, aprobar anexos y protocolos y ejercer el derecho de voto por las partes, así como a aspectos procedimentales relacionados con el depósito, firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, entrada en vigor, reservas, denuncia y texto auténtico de la convención.

Examen de forma de la Ley 164 de 1994, aprobatoria del Convenio de Cambio Climático

6. El Proyecto de Ley 50/93 Senado, aprobatorio de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992, fue presentado por la Viceministra de Relaciones Exteriores, encargada de las funciones del Despacho, el día 13 de agosto de 1993, tal como aparece en la Gaceta del Congreso N° 292 del viernes 27 de agosto de 1993.

El Proyecto de Ley 50/93 Senado fue aprobado en primer debate, por la Comisión Segunda del Senado de la República, el día 20 de Octubre de 1993, con un quórum de 12 Senadores de un total de 13 miembros de la Comisión II (art. 2° Ley 3ª de 1992). Lo anterior de conformidad con certificación expedida por el Secretario General de la Comisión Segunda del Senado de la República, la cual obra en el expediente.

Por su parte, el Secretario General del Senado de la República certificó, a solicitud del despacho, que en la plenaria del Senado de la República del día martes 23 de noviembre de 1993, fue aprobado en segundo debate el proyecto de Ley 50/93, con un quórum decisorio y aprobatorio de 90 Senadores.

En la Cámara de Representantes, el proyecto de Ley 152 de 1993, fue aprobado en primer debate, en la Comisión Segunda, el día 25 de mayo de 1994, con un quórum decisorio y aprobatorio de doce (12) Representantes de un total de 19 miembros de la Comisión (art. 2° Ley 3ª de 1992), de acuerdo con certificación expedida por el Secretario General de la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, a solicitud del despacho. La Plenaria de la

Cámara de Debates aprobó, el día 6 de septiembre de 1994, con un quórum decisorio y aprobatorio de 141 Representantes, de acuerdo con lo certificado por el Secretario General de la Cámara de Representantes.

En consecuencia, la Corte encuentra que el trámite y aprobación de la ley objeto de revisión se surtió de conformidad con las exigencias constitucionales y legales, no habiendo lugar a declarar su inconstitucionalidad por vicios de forma.

Examen de fondo

Primera parte: definiciones, objetivo, principios

7. El artículo 1 consagra algunas definiciones de términos técnicos cuya precisión es necesaria para fijar el alcance de la convención. Los conceptos definidos - "efectos adversos del cambio climático", "cambio o sistema climático", "emisiones", "gases de efectos invernadero", "organización regional de integración económica", "depósito", "sumidero", "fuente" -, tienen relevancia exclusivamente para la aplicación del convenio, sin que el artículo que los contiene viole alguna norma constitucional.

El artículo 2 establece el objetivo del convenio: lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. La finalidad del convenio está acorde con el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales de forma que se garantice un desarrollo sostenible (CP art. 80) y con el postulado de la razonalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la preservación de un ambiente sano (CP art. 334).

El artículo 3 enuncia los principios que guían la aplicación de la convención con miras a alcanzar su objetivo. La equidad, las responsabilidades comunes pero diferenciadas según se trate de países desarrollados o en desarrollo, y las capacidades respectivas, son las bases del compromiso de las partes en la empresa de proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras (art. 3-1). Las necesidades y circunstancias específicas de los países en desarrollo son tomadas en cuenta, de manera que éstos no tengan que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la convención (art. 3-2). Las medidas de precaución a adoptar en contra de las causas del cambio climático, a que se comprometen las partes, deben tomar en cuenta los distintos contextos socioeconómicos (art. 3-3), y las políticas y medidas de protección ser apropiadas a dichas condiciones específicas, estar integradas en los programas nacionales de desarrollo (art. 3-4) y no constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificable ni

una restricción encubierta al comercio internacional (art. 3-5). Estos principios son consistentes con el respeto a la autodeterminación de los pueblos que es fundamento de las relaciones exteriores del Estado colombiano (CP art. 9), con los deberes del Estado en materia de protección del medio ambiente y de los recursos naturales (CP arts. 79 y 80), y con la equidad, reciprocidad y conveniencia nacional que son las bases de las relaciones internacionales del país (CP art. 228).

Segunda parte: compromisos

8. El artículo 4 del convenio establece los compromisos contraídos por los países partes. Inicialmente, se consagran compromisos generales exigibles a todas las partes (párrafo 1), en materia de suministro de información sobre inventarios nacionales de emisiones antropógenas y de absorción de gases de efecto invernadero, y de observación sistemática y establecimiento de archivos de datos e intercambio de información sobre sistema y cambio climático. Estas obligaciones de ninguna manera contrarían las disposiciones constitucionales.

En relación con la adopción de decisiones políticas, las partes se comprometen a formular y aplicar programas para la reducción del cambio climático (i), a tener en cuenta, "en la medida de lo posible" en sus políticas y medidas económicas, sociales y ambientales, las consideraciones relativas al cambio climático (ii), y a promover y apoyar la educación, capacitación y sensibilización del público respecto a este tema, así como promover su participación en el proceso (iii). Los términos del convenio, en lo que atañe a los compromisos sobre adopción de políticas nacionales o regionales, no violan el principio de autodeterminación de los pueblos que es fundamento de las relaciones exteriores del país (CP art. 9). La expresión "en la medida de lo posible" relativiza la obligación de adoptar, inmediatamente, determinadas políticas o medidas. Al contrario, refuerzan el mandato constitucional que ordena al Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales (CP art. 80). De otra parte, uno de los objetivos de la educación del colombiano es, precisamente, una formación para la protección del medio ambiente (CP art. 67). Así lo sostuvo esta Corporación con ocasión de la revisión del Convenio sobre diversidad biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de Junio de 1992 y de su ley aprobatoria (Ley 165 de 1994):

"La conciencia social del hombre se adquiere a partir de la formación del niño. Se trata de un proceso continuo y permanente, donde la educación ambiental debe comprender todas las etapas del individuo, incluso hasta aquellas que superan los límites académicos o profesionales. Por ello, la Carta Política señala que la educación es un derecho de la persona y un servicio público que *tiene una función social*, y que formará al colombiano *"en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica*

del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente" (Art. 67 C.P.). Asimismo, el artículo 79 superior prevé que es deber del Estado fomentar al educación con el fin de proteger la diversidad e integridad del ambiente.

"El compromiso que significa la educación le atañe, por mandato de la Carta, al Estado, a la sociedad y a la familia. Se trata de una tarea común en la cual deben participar todos: el Estado y los particulares, los padres de familia y los maestros, las autoridades y cada uno de los ciudadanos. Pero, ante todo, se trata de una responsabilidad que recae sobre cada persona; es a cada uno a quien le corresponde conocer y preservar los recursos naturales y comprender y difundir la importancia que ellos revisten, pues con esa información, el hombre tomará conciencia y actuará adecuadamente con el fin de que los demás aprendan de él"[2].

De conformidad con lo expuesto, la norma revisada no sólo no viola la Constitución sino que propicia su desarrollo.

En cuanto a los compromisos atinentes a la implementación de medias técnicas y logísticas para el control de emisiones de gases de efecto invernadero, las partes se comprometen a desarrollar, aplicar y transferir, tecnología, prácticas y proceso que controlen, reduzcan o prevengan dichas emisiones (i); a conservar y reforzar los sumideros y depósitos de gases (ii); a cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos de cambio ambiental (iii), y, a promover y apoyar la investigación sobre la materia (iv). Todos estos compromisos son concordantes con los deberes del Estado en materia de protección del medio ambiente y prevención y control del deterioro ambiental (CP arts. 79 y 80).

A Colombia, país en desarrollo, no le son aplicables los compromisos estipulados para países desarrollados en los párrafos 2, 3, 4 del artículo 4 del convenio. El párrafo 5, en cambio, se dirige a países en desarrollo, los cuales se obligan a promover, facilitar y financiar, según proceda, la transferencia de tecnologías y conocimientos prácticos ambientalmente sanos, y el acceso a ellos, a otras partes. Esta estipulación es manifestación de la internacionalización de las relaciones ecológicas (CP art. 226) y de la cooperación internacional del Estado colombiano en materia de protección del medio ambiente (CP art. 80), cometidos a alcanzar de conformidad con los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

El párrafo 7 del artículo 4 enfatiza que la efectividad de los compromisos contraídos por los países en desarrollo, está condicionada al cumplimiento

---

2. Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

previo de las obligaciones de los países desarrollados relativas a recursos financieros y a transferencia de tecnología. En este mismo orden de ideas, los párrafos 8, 9 y 10 exigen tomar en cuenta las necesidades específicas y las condiciones especiales de los países en desarrollo y de los menos adelantados, al momento de estudiar y adoptar medidas para evitar los efectos adversos del cambio climático o para controlar el impacto de las medidas de respuesta a dichos cambios, una vez han sido aplicadas. Estas directrices que enmarcan los compromisos adquiridos por el país, se acompasan con la equidad, que debe regir las relaciones entre países con diverso grado de desarrollo, y con la política de conveniencia nacional que debe guiar las relaciones internacionales sobre la materia (CP art. 228).

Los artículos 5 y 6 son desarrollo explícito de las obligaciones contenidas en los literales g) e i) del artículo 4 de la convención, respectivamente, los cuales versan sobre la investigación y observación sistemática de los factores productores del cambio climático y de las medidas diseñadas para enfrentarlo, así como sobre la educación, formación y sensibilización del público ante esta problemática de trascendencia universal. Al respecto cabe remitir a las observaciones hechas al revisar el artículo 4, sin que se observe ninguna infracción de la Constitución.

Tercera parte: órganos

9. El establecimiento de órganos directivos, ejecutivos y de funcionamiento, para llevar a la práctica y hacer operante la convención de forma que se cumplan sus objetivos, en nada contraría la Constitución. Todo país u organización regional de integración económica, depositario de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al convenio, hace parte del órgano supremo de la misma (artículo 7), con derecho a voto, en los términos del artículo 18 del mismo. A la Secretaria permanente se le encomiendan las funciones administrativas necesarias para asegurar la operatividad de la convención (artículo 8). Los órganos subsidiarios de asesoramiento científico y tecnológico (artículo 9) y de ejecución (artículo 10), están abiertos a la participación de todas las partes y ejercen funciones dirigidas a coordinar los esfuerzos de las partes y garantizar el cumplimiento de los objetivos y compromisos del convenio.

Cuarta parte: mecanismos de financiación y sistema de información

10. El artículo 11 define un mecanismo de financiación para transferencia de tecnología, con representación equitativa y equilibrada de todas las partes, cuyo funcionamiento se encomienda a entidades internacionales existentes. Este medio para la obtención de recursos financieros no es excluyente de otras fuentes de financiamiento por conductos bilaterales, regionales o

multilaterales, destinadas a dar aplicación a la convención. Los recursos económicos destinados a la sustitución de prácticas y procedimientos con efectos negativos sobre el sistema climático, mediante la transferencia de tecnologías ambientalmente sanas, por lo general proceden de países desarrollados. Por su parte, los países en desarrollo que pueden verse favorecidos con estos ingresos gozan de representación equitativa y equilibrada, dentro de un sistema de dirección transparente. A juicio de la Corte, este mecanismo en nada resulta lesivo de los intereses nacionales ni de las disposiciones constitucionales.

El artículo 12 desarrolla el deber de las partes de transmitir información sobre el inventario nacional de emisiones antropogénicas y de la absorción por los sumideros de los gases con efecto invernadero, y sobre las medidas adoptadas para aplicar la convención. La convención deja a salvo la posibilidad de que los países parte cataloguen como confidencial la información que suministren, de manera que la secretaría la proteja en el proceso de compilación y transmisión. A los países en desarrollo se les resguarda la posibilidad de proponer voluntariamente proyectos para la financiación de la reducción de emisiones y del incremento de la absorción de gases de efecto invernadero. La inconveniencia para la economía del país, al tener que dar a conocer a otros países el estado del parque industrial, mediante la publicidad de los inventarios sobre emisiones antropogénicas, en la práctica es inexistente, ya que la convención faculta a los países parte a mantener la confidencialidad de ciertas informaciones, así como a administrar la implementación progresiva de proyectos de transformación tecnológica con miras a controlar y reducir los efectos adversos del cambio climático.

Quinta parte: mecanismos para la solución de conflictos

11. El artículo 13 de la convención preceptúa que la Conferencia de las Partes designará un organismo consultivo multilateral para resolver cuestiones referentes a la aplicación de la convención. El artículo 14, por su parte, establece como mecanismos de solución de los conflictos que surjan entre las partes, con ocasión de la aplicación o interpretación de la convención, la negociación directa, el sometimiento a la Corte Internacional de Justicia, el arbitraje o la conciliación. Igualmente, preceptúa que cualquier notificación, declaración o revocación no suspenderá los procedimientos en curso. A juicio de la Corte, la determinación de los mecanismos para la resolución de controversias que puedan surgir de la interpretación y aplicación de la Convención, es una medida necesaria para la efectividad de los compromisos contraídos por los países parte, que busca la consecución pacífica de los objetivos de la convención, la cual está acorde con los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, entre ellos la resolución pacífica de las controversias.

Sexta parte: aspectos procedimentales relacionados con la Convención

12. Por último, los artículos 15 a 26 de la Convención regulan aspectos relacionados con el procedimiento de enmiendas a la misma (art. 15), de aprobación y enmienda de los anexos de la convención (art. 16), de protocolos que podrán ser aprobados por la Conferencia de las partes en cualquier período ordinario de sesiones (art. 17), de derecho a voto que tienen cada una de las partes (art. 18), del depositario de la convención y sus protocolos, que será el Secretario General de las Naciones Unidas (art. 19), de su firma (art. 20), de disposiciones provisionales en relación a una secretaría provisional (art. 21), de su ratificación, aceptación, aprobación y adhesión (art. 22), de su entrada en vigor (art. 23), de la prohibición de introducir reservas (art. 24), del derecho de denuncia en cabeza de las partes (art. 25) y de los textos auténticos, en diferentes idiomas, de la convención. A juicio de la Corte, estas disposiciones reflejan aspectos operativos y técnicos propios de cualquier instrumento internacional multilateral y, de ninguna manera, vulneran la Constitución.

En consecuencia, la Corte encuentra que tanto la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático como la Ley 164 del 27 de octubre de 1994, contentiva de la misma, se ajustan plenamente al texto constitucional.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

DECLARAR EXEQUIBLES la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992, así como la Ley 164 del 27 de octubre de 1994, aprobatoria de la misma".

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIAS DE TUTELA 1995

(Febrero)

SENTENCIA No. T-020
de febrero 01 de 1995

MENOR ENFERMO - Curación / **MENOR DE EDAD** - Protección

Curación no tiene un solo significado: superación del mal, sino que también significa mejoría, progreso, tratamiento necesario. Esta forma de interpretar concuerda con la esencia de la Constitución que establece la protección de los débiles y especialmente de los niños. Protección que debe ir ligada al análisis concreto de cada caso, para lo cual la valoración médica es muy importante. Por supuesto que el informe burocrático que califique como NO CURABLE determinada enfermedad no se puede aislar de otros elementos de juicio que existan en el expediente, porque se repite, el término CURACION no es únicamente derrotar la enfermedad. El fin de la protección constitucional es la real y no la retórica protección del menor inválido y este criterio se debe conjugar con las actuales normas de seguridad social. El "no poder hacer nada" no puede ser disculpa para no asumir el riesgo. Solo tiene validez esta expresión cuando mejoría o progreso sean imposibles o cuando no están desarrollándose tratamientos necesarios. Aún en estados terminales, el ISS, no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales a sus pacientes, queda así reafirmada la interpretación jurídica del término CURACION.

ISS - Cobertura familiar

El ISS, reconociendo los amparos concedidos por la Corte Constitucional en diferentes sentencias de revisión y lo señalado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, ha puesto punto final a cualquier discusión, admitiendo la cobertura del servicio para los hijos de afiliados que sufran de enfermedades como el dawn, parálisis cerebral y otras.

Ref.: Expediente T-44223, T-51287 y T-55600 (acumulados).

Peticionario: Defensor del Pueblo, en representación de 229 niños. Y 5 solicitudes individuales.

Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Salas Penal, de Familia y Juzgado 9º Civil del Circuito de esta ciudad.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Temas:

- Protección a los niños afectados por Parálisis Cerebral, Síndrome de Dawn, Hidrocefalia y otras enfermedades graves.
- Interpretación Jurídica del concepto de CURACION.
- La cobertura familiar de la seguridad social.

Santafé de Bogotá D.C., primero (1) de febrero 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 de los procesos de tutela identificados con los números de radicación T-44223, T-51287 y T-55600 (acumulados), adelantados por 5 madres y por el Defensor del Pueblo, Jaime Córdoba Triviño, en representación de 229 niños con deficiencias físicas y mentales.

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 número 44.223. Por reparto le correspondió dicho negocio a esta Sala de Revisión, la cual recibió formalmente el expediente el día catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala de Selección decidió acumular los expedientes T-51287 y T-55600 al expediente T-44223, por cuanto estos procesos presentan una coincidencia

en los hechos narrados y los derechos cuya protección se busca con la presentación de esas acciones de tutela. Dichos expedientes se recibieron el día 14 de diciembre de 1994.

1. Solicitud

El Defensor del Pueblo impetró acción de tutela contra el Instituto de Seguro Social en representación de 148 niños ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Penal; y, luego, a nombre de 81 niños ante el mismo Tribunal pero en la Sala de Familia, impugnada la decisión sobre estos últimos, la Corte Suprema conoció en segunda instancia. Los niños padecen de enfermedades como parálisis cerebral, síndrome de Dawn, hidrocefalia y otras dolencias. Las madres de 5 niños con las mismas deficiencias físicas descritas, interpusieron a su vez tutela ante el Juzgado 9 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá. La providencia proferida por ese juzgado, fue impugnada por el ISS y la madre de uno de los niños; la segunda instancia le correspondió al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Civil.

Motivos de las acciones de tutela

En representación de los menores Cristian Camilo García, Héctor Adrián Gómez Pineda, Sebastián Heberto Pino Guayacán, Andrea Saleni Jabonero, Jorge Emilio Villamil, Sergio Estiven Peña Moyano, Luis Abraham Lesmes Espinel, Judy Andrea Cañón, Gloria Lucía López, Andrés Esteban Triana, Lina Castaño González, Sandra Melisa Roncancio Peña, Jénhyffer Bastidas, Nohemi Cardozo, María F. Rodríguez Bedoya, Paula Visela Salamanca, Robert Santiago Sierra, Alejandra González Camacho, Julieth Roa Huertas, Fredia A. Cepeda, David A. Guerrero Pulido, Alejandra Ardila R, Doris Rocío Lancheros, Carlos Eduardo Solarte, Jimena Castañeda, Jimena Alexandra Alba Moreno, Carlos Andrés Martínez, Andrés Ricardo Gárnica, Diana Camila Franco, Luz Marina Rozo Tafur, Sandra Piñeros, José Fredy Cardona, Néstor Ospina León, Luis Cifuentes Silva, Eiliana Arcila, David Camilo Malagón, Gustavo Medina Casteblanco, Andrés Felipe Leyva, Angela Vega, Iván Hernández González, Carlos Casas Meneses, Andrés Felipe Orrego, Cindy Gárnica Naranjo, Laura Daniela Pajarito, Alvaro H. Macías, Paula Andrea Marroquín, July Patricia Lozano, Luis Angel Joya Forero, Daniel Ordóñez Contreras, Dennis Jónathan Torres, Carlos Andrés Martínez, Oscar Daniel Rueda González, Manuel I. Forero Jiménez, Darvi Patiño Pulido, María Angélica Rodríguez M., Carollinne Alejandra Díaz, Dennis Torres Fajardo, Andrea del Pilar Chingate, Sebastián Picón García, Cindy Damaris Gárnica Naranjo, María Isabel Franco Torres, Henry Alejandro Vera Franco, Melani Cifuentes Silva, Jesús Camilo Cruz Bernal, Patricia Lozano Gambásica, Alexánder Tavera Rondón, Luis Miguel Gómez Rivera, Alexandra Alba Moreno, Viviana Alvarez Simbaqueva, Oscar Tova Rodríguez, Carlos Andrés Díaz Manrique, Erija Medina Rodríguez, Paola Salamanca Vacca, Sandra Piñeros Valvuena, Paula Gutiérrez, César Augusto

Rodríguez G. Javier Hernando Cojo González, Carlos Sebastián Riativa, Jónathan Tavera Rendón, Camilo Malagón Bautista Riaño, Eliana Arcila Rodríguez, María Camila Lovera Guzmán, Bryan Barreto Cuéllar, Juan Carlos González, Lizeth Carolina Gallego González, Nataly Galindo Carreño, David Rodríguez, Diego González Escobar, David Salamanca Franco, Lina María Vargas Murcia, Andrés Felipe Tamayo Díaz, Iván Hernández González, Roberth Santiago Sierra Henríquez, Daniel Felipe Nieves Bojacá, Ana María García, Alvaro Hernán Macías Vergara, Iván Sebastián Buitrago, Néstor Ospina León, Víctor Manuel Granados, Yeimy Katherine Acosta Vargas, Deisy Katterine Molano Sabogal, Juan Camilo Bernal, Geraldine Mateus R., Catalina García, María Mercedes Medina Castillo, Jimena Castañeda Morales, Miguel Chaparro Bernal, Alexander Sanabria Mahecha, Juliana Cáceres Villalobos, Diana Marcela Navas Ardila, Yeimi Alexandra Rojas Cárdenas, Laura Carolina Segura Ramos, Anderson Gaitán Pachón, Claudia Patricia González, Cindy Sánchez Panqueva, Alix Daniela Pérez Nempeque, Angela Lizeth Murillo Díaz, Daniela Santa Solano, Andrés Setepven Sierra Palencia, José David Ríos Upegüi, Oscar Andrés Bolívar, Nicolás F. González Cubides, Jónathan Amaya, Armando Sánchez Falcón, María Catalina Miranda, Diego Felipe Dimate, Nicolás Mateus Villa, Rodrigo Esteban Sabogal, David Escobar, Yuli Andrea Pedraza, Aura María Rivas, Jhon Daza Zamora, Fabián Martínez, Viviana Gutiérrez Alvarez, Gabriel Eduardo Serrato, Andrea Carolina Casteblanco, Oscar Javier Hernández, Andrés Felipe Valencia, Karen Andrea Arenas, Gina Tatiana Figueroa, Oscar Iván Buitrago, María Camila Vera Jiménez, Ingrid Yolima Rodríguez, Anderson Escobar, Orlando Tijaro Trujillo, Alexánder Beltrán Castillo, Edgar Ricardo Bedoya, Angélica Vázquez, Sergio Mauricio Acosta, Deisy Rodríguez Monar, Michel Steven Beltrán, Juan Pablo Rodríguez H., Sandra Julieta Aguillera Meza, Fabián Andrés Aldana Beltrán, Yennifert Lorena Angel Castañeda, Kevin E. Aranguren Buitrago, Diana Carolina Arias Puentes, Jaime Andrés Bernal Martínez, Diana Catalina Betancurt Sánchez, Wilson Daniel Bueno Samudio, Esteban Guiovanni Buitrago, Sharol Pamela Caicedo Gamba, Andrea Juliet Cano Albornoz, Ana María Cardozo Avendaño, Bryan Gerardo Carreño Joya, María Alejandra Castillo, María Camila Clavijo López, Mónica Alejandra Clavijo López, José David Cuéllar Marín, Paula Ximena Cuesta Valbuena, Geraldine Díaz Altonínez, Diver Escobar González, Jaime Alexánder Faladiche, Daniel Felipe Figueroa M., Leydi Natalia Fonseca, Carolina Forero Barinas, Diego Alejandro Galindo Lara, Jorge Eduardo Ojeda, Manuel A. Gámez Penagos, Cristian David García, Johana González, Fabián Camilo Guillén, Jhon Jairo Herrera Martínez, Jónathan Hoyos Prieto, María Fernanda Isaza Guerrero, Jéniffer Larrota Rodríguez, Luis Eduardo León Bernal, Freddi Andrés Lozano Puentes, Caren Paola Mahecha Correa, Juan Camilo Marín Londoño, Johana A. Marín Orjuela, Freddy Hernán Martínez, Jaison Leonardo Méndez S., Diego Mendigaño, William A. Morales Hoyos, William Moreno Cubillos, María Alejandra Mosquera, Michael Nicolás Niño, Gina Milena Ochoa Montaña, Leonardo Ordóñez Posada, Humberto Orjuela R., Gustavo Adolfo Ortiz, Luisa María Páez, Johan Peñaranda Lizarazo, Jónathan Fernando Pinzón Molina,

Jaime Andrés Pinzón, Miguel Angel Ramírez Vaca, Camilo Andrés Rodríguez, Diego Enrique Rodríguez, Cristhian Rodríguez Farfán, Andrés Alberto Rodríguez Pérez, Natalia Rodríguez Sánchez, Ingrid Rodríguez Tenorio, Sergio E. Rubiano Vásquez, Juan Hernando Sabogal Cortés, Paúl Salamanca Chía, Juan Camilo Salcedo, Angela Ivvone Samper Vivas, Andrea Paola Sánchez Espinel, Camilo Fernández Sánchez, Diana Marcela Sarmiento Díaz, Jéniffer Alejandra Sastoque Avila, Juan David Tafur Suárez, Jéniffer Paola Torres Calvo, Carlos Eduardo Triana Castro, Mónica Marcela Valderrama, Oscar Felipe Varela Parra, Helen Yizeth Vargas Valencia, Catalina Velázquez Cantor, Edison Andrés Vergel Tiria, Gina Lizeth Villadiego, Jubi Tatiana Villarraga Pardo, Alvaro Alvarado Pachón, Jimmy Alexánder Cañón Murillo, la Defensoría del Pueblo interpuso acción de tutela contra el Instituto de los Seguros Sociales, por considerar que a los niños enfermos se les violaron los derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y el derecho a la igualdad.

Los representantes legales de los niños Jhon Alexánder Méndez Caro, Juan David Durán Chaves, Stheffany Tiria Guerrero, Sergio Andrés Díaz Rodríguez y Andrés Felipe Manrique Monterrey, también interpusieron acción de tutela contra el Instituto de los Seguros Sociales, por estimar que esa Institución vulneró el principio de la dignidad humana y los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social y a la igualdad, de sus hijos menores, al suspender la prórroga en la prestación de los servicios asistenciales que el ISS, venía otorgando a sus hijos.

Todos estos menores de edad, hijos de padres afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, padecen de diversas enfermedades, como: Parálisis cerebral, síndrome de Down, hidrocefalia y otras. Esa institución les prestaba atención médica y de rehabilitación, lo que permitió que los niños obtuvieran alguna mejoría en las condiciones de vida, dadas sus cortas edades en que se iniciaron los tratamientos.

A partir del año 1994, el Instituto de los Seguros Sociales, negó la prórroga de la atención médica, a los niños a cuyo nombre se interponen estas tutelas, teniendo en cuenta los pronósticos emitidos por el Instituto calificándolos como desfavorables de curación, lo cual dio base para la aplicación del Artículo 26 del Decreto 770/75.

Según los petentes, la negativa de continuar la atención, por parte del Instituto de los Seguros Sociales, conlleva al deterioro del estado de salud de los menores, por la suspensión en el suministro de las medicinas, del control neurológico, de la fisioterapia y demás servicios y controles médico-asistenciales, con lo cual se atenta contra sus vidas. También, opinan los petentes que la decisión del Instituto de los Seguros Sociales, de no proseguir con la atención a los menores, atenta contra los derechos del niño a la salud

física, psíquica y moral y el derecho de Igualdad, pues se los debe atender como a cualquier persona, máxime que vienen recibiendo el tratamiento desde antes del primer año de vida.

El Defensor del Pueblo solicita que se inaplique el artículo 26 del Decreto 770/75, que contiene el reglamento general del I.S.S. sobre enfermedades generales y el servicio a los hijos del asegurado, por contrariar la Constitución Nacional, pues consagra un condicionamiento al derecho de la salud de los niños. Sostiene además que prima el Código del menor sobre el artículo 26 del Decreto 770 de 1975, por ser aquel de orden público y consagra el derecho a la vida de los niños y a la atención integral de su salud. Así mismo, prevalecen sobre el reglamento del I.S.S. normas internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño.

2. Actuación procesal

2.1. En la tutela T-44223, la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Penal, al resolver en primera y única instancia mediante sentencia de junio 14 de 1994, determinó:

"I. Tutelar transitoriamente el derecho a la vida, e igualdad de los menores a Anderson Gaitán Pachón, Laura Segura Ramos, Claudia Arenas González, Angel Murillo Díaz, Andrés Sierra Valencia, Viviana Gutiérrez Alvarez, Andrea Carolina Casteblanco, Oscar Javier Hernández, Oscar Iván Buitrago y Michel Beltrán Valdez; por consiguiente, el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, deberá seguir prestándoles la atención médica que requieran, mientras el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adopta las medidas necesarias para que se les trate.

"II. Tutelar transitoriamente los mismos derechos a los menores que dice el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales no les aparece las historias clínicas, siempre y cuando hayan sido atendidos en esa institución, mientras el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar toma las medidas conducentes para que se continúe con los tratamientos.

"III. Negar la tutela, respecto de Cyndi Sánchez Panqueva, Evina Daniela Santa S, José David Ríos Upegue, Jónathan Amaya, Diego Felipe Dimate, Nicolás Mateus Villa, Rodrigo E. Sabogal, David Escobar, Yli Andrés Pedraza G, Jhon Daza Samora, Gabriel Eduardo Serratro, Andrés Felipe Valencia, Karen Andrea Arenas, Ginna Tatiana Figueroa, María Camila Vera Jiménez, Diver Andersson Escobar, Orlando Tijaro Trujillo, Jeisson A. Beltrán, Edgar Ricardo Bedoya, Angélica Vásquez e Ingrid Yolima Rodríguez P., por lo indicado en la parte motiva.

" IV. Oficiar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que adopte las medidas pertinentes, a efecto de que se le preste la atención médica que requieran los menores indicados en los puntos I y II.."

La decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, se fundamentó con base en:

- El Instituto de los Seguros Sociales, al suspender la prestación asistencial que venía prestando a los niños, vulneró el derecho a la vida de los mismos, por cuanto en el momento de no seguir prestando los servicios alteró la salud física y mental de los menores.

- La Constitución Política de 1991 consagra la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, además, los Tratados Internacionales ratificados por Colombia consagran principalmente los derechos de los niños y el Código del Menor dispone que los menores deben atenderse por el Estado. Considera el Tribunal que, estas normas deben aplicarse preferentemente sobre el artículo 26 del Decreto 770 de 1975, aspecto que permite que se " tutele en forma transitoria el derecho a la vida de los niños.." .

La Sala Penal del Tribunal Superior negó la tutela a 21 niños porque de acuerdo al escrito aportado por el ISS " se les continuó prestando el servicio" . Desde ya hay que declarar que no se encontró dentro del expediente la información que respalde esta información.

2.1.2. El Instituto de los Seguros Sociales, mediante apoderado impugnó la decisión del Tribunal, pero lo hizo fuera de término, por ello la Corte Suprema de Justicia no tramitó el recurso y remitió el expediente a la Corte Constitucional para su revisión.

A la fecha de esta sentencia de revisión, el ISS presta la atención de servicios asistenciales a los niños cuya tutela fue concedida transitoriamente por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, según lo indicado en oficio G-CDN-JB-490-94 de diciembre 15 de 1994, suscrito por el doctor Pedro Reina Corredor, Gerente de la Clínica del Niño. El total de los menores atendidos es de 43.

2.2. Tutela T-55600 La primera instancia de esta tutela, se tramitó ante la Sala de Familia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Y, la decisión se profirió el 18 de octubre de 1994. Se resolvió: tutelar los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social y a la igualdad de los menores que interpusieron esta acción. Los niños son:

Sandra Julieta Aguillera Meza, Fabián Andrés Aldana Beltrán, Yennifert Lorena Angel Castañeda, Kevin E. Aranguren Buitrago, Diana Carolina Arias

Puentes, Jaime Andrés Bernal Martínez, Diana Catalina Betancurt Sánchez, Wilson Daniel Bueno Samudio, Esteban Guiovanni Buitrago, Sharol Pamela Caicedo Gamba, Andrea Juliet Cano Albornoz, Ana María Cardozo Avendaño, Bryan Gerardo Carreño Joya, María Alejandra Castillo , María Camila Clavijo López, Mónica Alejandra Clavijo López, José David Cuéllar Marín, Paula Ximena Cuesta Valbuena, Geraldine Díaz Altonínez, Díver Escobar González, Jaime Alexánder Faladiche, Daniel Felipe Figueroa M, Leydi Natalia Fonseca, Carolina Forero Barinas, Diego Alejandro Galindo Lara, Jorge Eduardo Galindo Ojeda, Manuel A. Gámez Penagos, Cristian David García, Ivón González, Jair Alberto González Feliciano, Johana Garzón, Fabián Camilo Guillén, Jhon Jairo Herrera Martínez, Jónathan Hoyos Prieto, María Fernanda Isaza Guerrero, Jéniffer Larrota Rodríguez, Luis Eduardo León Bernal, Freddi Andrés Lozano Puentes, Karen Paola Mahecha Correa, Juan Camilo Marín Londoño, Johana A. Marín Orjuela, Freddy Hernán Martínez, Jaison Leonardo Méndez S., Diego Mendigaño, William A. Morales Hoyos, William Moreno Cubillos, María Alejandra Mosquera, Michael Nicolás Niño, Gina Milena Ochoa Montaña, Leonardo Ordóñez Posada, Humberto Orjuela R., Gustavo Adolfo Ortiz, Luisa María Páez, Johan Peñaranda Lizarazo, Jónathan Fernando Pinzón Molina, Jaime Andrés Pinzón, Miguel Angel Ramírez Vaca, Camilo Andrés Rodríguez, Diego Enrique Rodríguez, Cristhian Rodríguez Farfán, Andrés Alberto Rodríguez Pérez, Natalia Rodríguez Sánchez, Ingrid Rodríguez Tenorio, Sergio E. Rubiano Vásquez, Juan Hernando Sabogal Cortés, Paúl Salamanca Chía, Juan Camilo Salgado, Angela Ivvone Samper Vivas, Andrea Paola Sánchez Espinel, Camilo Fernando Sánchez, Diana Marcela Sarmiento Díaz, Jéniffer Alejandra Sastoque Avila, Juan David Tafur Suárez, Jéniffer Paola Torres Calvo, Carlos Eduardo Triana Castro, Mónica Marcela Valderrama, Oscar Felipe Varela Parra, Helen Yizeth Vargas Valencia, Catalina Velázquez Cantor, Edison Andrés Vergel Tiria, Gina Lizeth Villadiego, Jubi Tatiana Villarraga Pardo. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal ordena al ISS, continuar, con la atención médica, quirúrgica y hospitalaria que requieran los menores.

El Tribunal, compulsó copia de lo actuado a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que investigaran las posibles faltas disciplinarias y penales en que habrían incurrido los representantes legales o los menores Alvaro Pachón y Jimmy Alexánder Cañón Murillo, quienes ya habían interpuesto acción de tutela sobre los mismos hechos e invocando los mismos derechos vulnerados. Estos menores habían obtenido antes sentencia favorable a sus pretensiones.

La Sala de Familia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá consideró que, el Instituto del Seguro Social al aplicar el artículo 26 del Decreto 770 de 1975, vulneró el derecho a la vida de los menores, derecho en el que converge el derecho a la salud, a la integridad física y a la seguridad social de las

personas, por cuanto, al limitar el derecho de los niños a seguir recibiendo la necesaria asistencia médica que requieren, vulneran su derecho a la vida.

Afirma el Tribunal que la citada norma es de inferior categoría a las que protegen los derecho prevalentes a la vida y a la salud de los niños, aspecto que permite inaplicar el decreto para el caso particular.

2.2.1. La sentencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, antes descrita, fue impugnada por el apoderado del Instituto de los Seguros Sociales y parcialmente por la Defensoría del pueblo.

2.2.2. El apoderado de la institución demandada se apoya en los siguientes argumentos:

- La Corte Constitucional en pronunciamiento de septiembre 30 de 1994, (sentencia T-430/94), negó la acción de tutela presentada por un menor en condiciones similares a las que se estudia, sobre la base de que la norma que se aplica en el presente caso es de imperativo cumplimiento para los funcionarios del ISS.

Con la anterior premisa y atendiendo a lo receptuado en el Decreto 2067 de 1991, las sentencias proferidas por la Corte Constitucional hacen transito a cosa juzgada constitucional ya que la doctrina constitucional es criterio auxiliar para autoridades y corrige jurisprudencia; el presente caso debe resolverse conforme a los lineamientos señalados en la sentencia T-430/94.

- El servicio que presta el ISS se deriva de un sistema de financiamiento contributivo mixto, esto es, se realiza con participación de los particulares, con una cobertura determinada por la ley. Por lo tanto los derechos que se originan en este servicio es diferente de aquellos derechos derivados de la asistencia gratuita que el Estado está obligado a prestar.

- Las enfermedades permanentes como las que aquí se catalogan con "pronóstico no favorable de curación", no son susceptibles de ser aseguradas y por lo mismo, deben ser afrontadas por el Estado, cuando el enfermo o su familia no cuenten con los medios económicos necesarios. Contrario a las enfermedades que pueden tener una curación, donde el ISS tiene a su cargo las acciones correspondientes a la prevención, curación y rehabilitación del enfermo.

- Opina el impugnante que la excepción de inconstitucionalidad que aplica el Tribunal es improcedente frente a la presente tutela, por cuanto la excepción es viable, como lo ha dicho la Corte Constitucional, solo cuando se cumplen los presupuestos del artículo cuarto constitucional, esto es, cuando hay incompatibilidad grave y ostensible entre una norma y la Constitución.

- Considera el apoderado de la entidad demandada, que la única posibilidad de afectar el artículo 26 del Decreto 770 de 1975 es obteniendo una nulidad del mismo, declaratoria que no le compete al juez de tutela.

2.2.3. La Defensoría del Pueblo solicita la revocatoria parcial del fallo que se impugna en lo referente a la orden de investigar la posible temeridad de los menores o los representantes de los niños que interpusieron anteriormente otra acción de tutela. La Defensoría fundamenta su petición con base en el siguiente argumento:

La Defensoría del Pueblo, de manera involuntaria y "descartando cualquier ánimo de abusar del acceso a la Administración de justicia", presentó dos acciones de tutela idénticas, en representación de los menores Alvaro Alvarado Pachón y Jimmy Alexander Cañon Murillo. Por lo que no es razonable pensar que podría existir mala fe o deslealtad en una segunda demanda de tutela respecto de estos menores, si se tiene en cuenta que esa decisión fue favorable para ellos, lo que demuestra una "ausencia de justificación" en la duplicidad de la actuación para estructurar la temeridad.

2.2.4. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de noviembre 22 de 1994, resuelve confirmar el fallo del a-quo en lo referente al amparo de los derechos de los menores y revoca la parte de la providencia que ordenaba investigación disciplinaria y penal de la actuación de los representantes de dos niños. La Corte Suprema, fundamenta su decisión en los siguientes argumentos:

- Los derechos a la salud, a la integridad física y por ende a la vida, son derechos fundamentales que deben prevalecer sobre los demás derechos de las personas.

- La Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia, establece que los "menores mental y físicamente impedidos deberán disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que asegure su dignidad", lo que implica una acción de imperativo cumplimiento.

- Afirma la Corte Suprema de Justicia que, las actuación de los funcionarios que ciegamente aplican el artículo 26 del Decreto 770 de 1975, reflejan el apego de los agentes de dicho organismo al reglamento de servicios, norma que "deja de lado pautas hermenéuticas de razonabilidad que la Constitución Nacional impone; en nombre del seductor poder de un reglamento..".

- En cuanto al criterio que pretende hacer valer el apoderado del ISS, sobre el carácter de cosa juzgada constitucional de que gozan las sentencias de la Corte Constitucional, la Corte Suprema no lo comparte, y cita una sentencia de la Corte Constitucional que, afirma que la aplicación de las sentencia de tutela es para el caso concreto.

- En lo referente a la improcedencia de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad considera la Corte Suprema que "la no aplicación por el juez de tutela del artículo 26 del Acuerdo 536 de 1974 del Consejo Directivo del I.S.S., aprobado mediante Decreto 770 de 1975, no constituye una intromisión abusiva en la órbita exclusiva del órgano a quien le competa emitir el correspondiente juicio de constitucionalidad, con efectos erga-omnes, mediante el ejercicio de la respectiva acción de nulidad, sino tan sólo de su inaplicación al caso concreto, todo ello, tendiente al restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados por virtud de la aplicación del precepto aludido."

2.3. Tutela T-51287.

Las señoras María Helena Caro, María Helena Chávez Polania, Ana Leonor Guerrero, María Waldina Rodríguez y Leydi Carolina Monterrey Ospina, madres de cinco menores con enfermedades tales como, Síndrome de Dawn, Parálisis cerebral, hidrocefalia y otras también instauraron tutela contra el ISS, por considerar que la no continuación con la prestación de los servicios asistenciales a sus hijos Jhon Alexander Méndez Caro, Juan David Durán Chávez, Stheffany Tiria Guerrero, Sergio Andrés Díaz Rodríguez y Andrés Felipe Manrique Monterrey, vulnera la Constitución, en cuanto al principio de la dignidad humana y los derechos constitucionales fundamentales a la vida, la salud, la integridad física, la seguridad social, la igualdad.

2.3.1. La primera Instancia se surtió ante el Juzgado 9 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, quien mediante sentencia de septiembre 7 de 1994, tuteló los derechos de estos niños, con excepción de Andrés Felipe Manrique Monterrey. Fundamentó su decisión en los siguientes aspectos:

- Afirma el Juzgado que, el derecho a la salud con el carácter inherente a la existencia digna de las personas, se encuentra protegido por el Estado, especialmente cuando se trata de personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en debilidad manifiesta, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 13 de la C.N. Además, este derecho busca el aseguramiento del derecho a la vida, y por lo mismo, exige a las autoridades una vigilancia del cabal cumplimiento de la obligación constitucional de preservar la vida y la salud, como derechos principalísimos del ser humano.

- En el caso concreto, el Juzgado hace un análisis de las sentencias T-067 y T-068/94, proferidas por la Sala quinta de revisión de la Corte Constitucional y acoge el criterio por ellas adoptado. Es por eso que considera necesario que el ISS no llegue a "la ligera conclusión de cancelar la prestación del servicio a los menores, sin hacer una evaluación completa y seria de la historia clínica de los pacientes y de la evolución que su salud había venido mostrando mientras se les daba el tratamiento y la terapia que requieran."

- Con base en lo anterior, el *a-quo* solicitó a la sección de neurosiquiatría forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, una valoración sobre el estado en que se encuentra la enfermedad de los peticionarios. En ese informe técnico se llegó a la conclusión que en dichas enfermedades "es factible obtener en algunos de los menores, una mejoría mediante la terapia y los controles regulares, favoreciendo así una notable disminución de sus deficiencias neurológicas, manteniendo a los menores en una mejor calidad de vida".

- Medicina legal, en peritazgo de septiembre 2 de 1994, conceptuó que los peticionarios tienen un pronóstico de recuperación importante, excepto Andrés Felipe Manrique, Niño cuya recuperación "no va a ser significativa ya que no se encuentra un sustrato neurológico susceptible de ser estimulado. En conclusión el pronóstico de recuperación es malo...". Por esta razón, opina el juzgado, la presente solicitud encuadra dentro de la situación analizada por la H. Corte Constitucional en sentencia T-200 del 25 de mayo de 1993, en donde se determina que si el pronóstico no es favorable para una CURACION, el cumplimiento de lo establecido en el art. 26 del Decreto 770 de 1975 debe cumplirse..."

2.3.2. El apoderado del ISS y la madre de Andrés Felipe Manrique impugnaron la sentencia del Juzgado 9 Civil del Circuito de esta ciudad. La señora fundamenta su solicitud en los siguientes argumentos:

- La Corte Constitucional, en sentencia T-204/94, consideró que el artículo 26 del Decreto 770 de 1975, supedita la prestación de los servicios asistenciales a los niños con enfermedades con un pronóstico favorable de curación, "ésta debe entenderse no solamente como la derrota de la enfermedad, sino, además, como el tratamiento requerido para evitar secuelas o interrupción de tratamientos necesarios, para superar algunas etapas de la enfermedad o afección aunque no se llegue a la curación total.". Aspecto, que es justamente lo que la impugnante solicita para su hijo.

- Para apoyar la anterior petición, la madre de Andrés Felipe, allega al proceso una certificación de septiembre 6 de 1994, suscrita por el doctor Pablo E. Baquero Herrera, médico del Servicio de Rehabilitación en el departamento de Neurocirugía del ISS, quien argumenta que "en mi opinión el niño requiere tratamiento integral de fisioterapia como único recurso. Se nota igualmente que con base a este tratamiento el paciente ha experimentado leve mejoría".

La impugnante de esta tutela, también anexa el concepto de julio 22 de 1994, suscrito por el doctor Oscar Hincapié, Neuropediatra del ISS, donde manifiesta que el menor "requiere rehabilitación multidisciplinaria para mejorar funcionalidad neurológica". Y allega un concepto firmado por las docto-

ras Sonia A. Molano, Terapeuta Física y Patricia Ladino S., Terapeuta Ocupacional del Departamento de Rehabilitación del Hospital de la Misericordia, de fecha 12 de septiembre de 1994, quienes conceptúan "el paciente ha venido evolucionando lentamente, se recomienda continuar e intensificar su tratamiento para obtener mejores logros."

2.3.3. La Segunda Instancia, se surtió ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, quien en sentencia de octubre 13 de 1994, tácitamente confirmó la negativa a tutelar los derechos del menor Andrés Felipe Manrique y revocó el amparo concedido a los otros cuatro niños. Se fundamentó en que los menores accionantes de esta tutela están comprendidos dentro los requisitos exigidos por el artículo 26 del Decreto 770 de 1975, razón por la cual la conducta del ISS "está ajustada a derecho", y por tanto esa Institución no vulnera ni amenaza violar derechos fundamentales.

3. **Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional**

3.1 La Sala Séptima de Revisión de esta Corporación, mediante auto de Diciembre 1 de 1994, solicitó conceptos técnicos a los directores de la Sección de neurología del Hospital la Misericordia y del Hospital Lorencita Villegas de Santos.

Se pidió al I.S.S. la remisión de las Historias clínicas de los niños accionantes de esta tutela y a la Fundación para la Educación Especial FE y a la Asociación Colombia Pro-niño con parálisis cerebral PROPACE, la evolución semestral de los niños que son o fueron atendidos por esas Instituciones.

3.2 También se decretó una inspección judicial, sobre otras historias clínicas que no se encontraban dentro del expediente y aspectos que ilustraran a la Sala.

Particular importancia tiene el informe rendido dentro de la inspección por el doctor Pedro Reina Corredor y el documento que él adjuntó.

Dijo el Gerente de la Clínica del Niño:

"Me permito anexar a la presente diligencia copia del Memorando Nº 919265 de diciembre 28 de 1994 suscrito por el Vicepresidente de E.P.S. del I.S.S. donde ordena que el Instituto acatando el Acuerdo Nº 011 del Consejo Nacional de Seguridad Social extenderá la cobertura en Medicina Familiar en la Seccional de Cundinamarca y D.C. a partir del 1º de Abril de 1995, lo cual quiere decir que a partir de la fecha mencionada se cubrirá en salud a los menores hasta los 18 años de edad y de por vida en caso de ser deficientes físicos tal cual como lo ordena la Ley 100 de 1993."

Y el documento al cual se refiere expresa en lo pertinente:

"Las Seccionales de Antioquia, Cundinamarca y D.C., Santander y Valle extenderán la cobertura a Medicina Familiar a partir del Primero (1°) de Abril de 1995. Lo anterior significa que en la población objeto en estas Seccionales, el monto de la cotización será del 8% hasta el Primero (1°) de Abril de 1995, fecha a partir de la cual, y en la medida que se garantice oferta suficiente y adecuada para atender el núcleo familiar, se aumentará el monto de la cotización al 12 %.

Las demás Seccionales extenderán cobertura a Medicina Familiar a partir del primero (1°) de enero de 1995. Para estas Seccionales regirá desde esta fecha el 12%".

3.3 Es de anotar que las entidades y las personas a quienes se solicitó las pruebas, atendieron rapidamente el requerimiento de la Corte, actitud que permitió a esta Sala decidir con prontitud las presentes acciones de tutela. Estas pruebas recepcionadas por la Sala se analizarán posteriormente, al igual que lo constatado en la inspección.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

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

2. Temas Jurídicos en Estudio

En el caso de estudio de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, se tendrá como premisa para las determinaciones que se tomen los siguientes temas:

- Alcance que se dá al término "CURACION".
-Cobertura familiar.

A- Mejoramiento de las condiciones de vida de la persona (Alcance que se le debe dar al término "Curación").

Según el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas (Salvat Editores S.A.., Undécima Edición, pág. 323) CURAR significa, además del restableci-

miento de la salud, el "conjunto de procedimientos para TRATAR una enfermedad o afección".

Dentro de este contexto la Corte Constitucional ha dicho:

aunque no se puede garantizar un total restablecimiento, es factible obtener mejorla del paciente mediante la terapia y los controles regulares, favoreciendo así una notable disminución de sus deficiencias neurológicas y logrando mantener en el joven afectado una mejor calidad de vida[1].

En otro fallo, interpretándose el alcance del artículo 26 del Decreto 770 de 1975, que es el Reglamento del ISS, se determinó:

juzga la Corte que la disposición no puede ser entendida ni aplicada en contravla del artículo 44 de la Constitución. Por tanto, mal puede tomarse como una autorización legal para que el Seguro abandone a la niña en términos tales que se la condene, por falta de cuidados médicos y de la hormona que requiere, a "un deterioro permanente de su calidad de vida" [2].

Recientemente, en una tutela que no prosperó, la Corte hizo la siguiente aclaración:

Ello no significa, que la Sala avale la interpretación según la cual, cuando existe posibilidad de mejorla o progreso en la salud del paciente, dichas entidades encargadas de la prestación de la seguridad social no deban suministrar la atención requerida. Por el contrario, cuando dichas circunstancias se presentan, la institución de seguridad social del Estado está en la obligación de prestar el servicio requerido en orden a lograr la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de vida de la persona"[3].

Y, la misma sentencia recalca:

"debe dejar claro la Sala que las entidades de previsión social -Instituto de los Seguros Sociales y Caja de Previsión Social-, no están autorizadas para interrumpir un tratamiento médico o quirúrgico a quien esté derivando o recibiendo de El evidentes progresos en su salud. Es decir, que dichas entidades están en la obligación de suministrar la atención requerida si es factible para el paciente obtener una mejorla o progreso en su salud me-

---

1. T-067/94, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

2. T-068/94, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

3. T-430/94, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

diante terapias, controles regulares, intervenciones quirúrgicas, etc., logrando con ello mantener en El una mejor calidad de vida"[4].

Como se aprecia, estas tres sentencias insisten en la necesidad de mantener una mejor calidad de vida de la persona. Este factor, respaldado en la Constitución, no puede pasar desapercibido cuando se lea el artículo 26 del Decreto 770 de 1975 (que aprobó el reglamento de enfermedad general y maternidad del I.S.S) en la parte que dice:

"Cuando se diagnostique enfermedad durante el primer año de edad, el hijo del asegurado tendrá derecho, en cualquier tiempo, a todas las prestaciones asistenciales necesarias, cuando a juicio del servicio médico no sea procedente su tratamiento dentro del primer año de vida y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación".

Haciendo una lectura de la norma, sobre la base de la dignidad humana, criterio que la Constitución del 91 traduce, el pronóstico de curación no se identifica siempre con la curación total de la enfermedad sino, empleando el razonamiento ya ha hecho por esta Sala de Revisión:

"Si una norma del I.S.S. supedita las prestaciones asistenciales necesarias a un pronóstico favorable de curación, Esta debe entenderse no solamente como la derrota de la enfermedad, sino, además, como el tratamiento requerido para evitar secuelas o interrupción de tratamientos necesarios, para superar algunas etapas de la enfermedad o afección, aunque no se llegue a la curación total"[5].

Es decir, curación no tiene un solo significado: superación del mal, sino que también significa mejoría, progreso, tratamiento necesario. Esta forma de interpretar concuerda con la esencia de la Constitución que establece la protección de los débiles y especialmente de los niños.

No se trata, solamente de discutir dentro de esta tutela si el artículo 26 del Decreto 770 de 1975 está aun vigente o es susceptible de ser excepcionado por inconstitucional, sino de darle aplicación a los artículos 1°, 44 y 47 de la C. P.

Protección que debe ir ligada al análisis concreto de cada caso, para lo cual la valoración médica es muy importante. Por supuesto que el informe burocrático que califique como no curable determinada enfermedad no se puede aislar de otros elementos de juicio que existan en el expediente, por-

---

4. Ibídem.

5. T-204/94, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

que se repite, el término curación no es únicamente derrotar la enfermedad. El fin de la protección constitucional es la real y no la retórica protección del menor inválido y este criterio se debe conjugar las actuales normas de seguridad social.

El "no poder hacer nada" no puede ser disculpa para no asumir el riesgo. Solo tiene validez esta expresión cuando mejoría o progreso sean imposibles o cuando no están desarrollándose tratamientos necesarios.

Todo lo anterior significa que no hay contradicción entre las sentencias 430 de 1994 y las 67, 68 y 204 del mismo año, proferidas por Salas de Revisión de esta Corte Constitucional, sino que armonizan entre ellas y si una tutela no prosperó se debió a la prueba derivada de la valoración médica concreta y no a la sacramentalización del término incurable como sinónimo de enfermedad no derrotable.

B. COBERTURA FAMILIAR

La tesis antes descrita toma aún más fuerza con lo preceptuado en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 11 y 15 del Decreto 1938 de 1994, el primero de los cuales dispone:

Art. 163 "El plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y dependan económicamente de éste, los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste."

El artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, es muy importante para el caso de estudio:

"Art. 15 Exclusiones y limitaciones.

m). actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación. **Podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionabilidad y la incomodidad o terapia de mantenimiento...**" (subrayas fuera del texto).

Esta cobertura la adoptó el ISS, en ciertos departamentos desde el 1 de enero de 1995, pero por aspectos de organización interna, en seccionales como la del Distrito Capital, beneficiará a sus afiliados desde del primero de abril del presente año. Este anuncio no suspende la vigencia de los derechos fundamentales, pero si contribuye a reforzar la justeza de lo reclamado a nombre de los niños.

Lo anterior aclara que aun en estados terminales, el ISS, no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales a sus pacientes, queda así reafirmada la interpretación jurídica del término curación.

Es más, de acuerdo con lo constatado en la inspección judicial, ordenada por esta Sala de Revisión, el ISS, reconociendo los amparos concedidos por la Corte Constitucional en diferentes sentencias de revisión y lo señalado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, ha puesto punto final a cualquier discusión, admitiendo la cobertura del servicio para los hijos de afiliados que sufran de enfermedades como el dawn, parálisis cerebral y otras. Por eso el ISS, en memorando 919265 de diciembre 28 de 1994, dijo:

"De hecho la Ley 100 de 1993 deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, incluyendo, desde luego el Decreto 888 de 1988."

Esta categórica afirmación es armónica con lo expresado por el Gerente de la Clínica del niño anunciando el pronto cubrimiento de la salud "a los menores hasta los 18 años y de por vida en caso de ser deficientes físicos".

III. RAZONAMIENTOS QUE ORIENTARAN EL ESTUDIO DE TODOS LOS CASOS QUE SE DEFINIRAN EN ESTA SENTENCIA DE REVISION:

a) En principio, se parte de la base que el Defensor del Pueblo ha dicho la verdad y que los progenitores que han formulado adicionalmente por escrito su petición, también son sinceros y contribuyen al análisis que se debe hacer a la situación de cada niño. En conclusión, hay este punto de partida: Evidentemente a los niños reseñados en la solicitud de tutela se les venía prestando tratamiento médico por el Instituto de los Seguros Sociales, en dependencias especializadas para niños diferentes y dicho tratamiento les fue suspendido y por eso se presentaron las tutelas.

b) En segundo término, hay que ver la consistencia de la prueba presentada por el ISS para explicar el retiro de la prestación del servicio médico y asistencial a una gran cantidad de niños. Hay que decir que en muy pocos casos se anexó el acta del comité de prórrogas de servicios asistenciales del I.S.S. con los conceptos médicos que se refieran a esos casos particulares, sin embargo, se, evaluará esta acta frente a otras pruebas que obran en el expedien-

te. En un gran número de casos, existe solamente un formulario llenado con la solicitud dirigida al comité de prórrogas para que el niño sea excluido de la prestación asistencial, esta no es prueba idónea que justifique la vulneración de un derecho fundamental, por ello, se hará el estudio, tanto con criterios médicos rendidos a esta Sala de Revisión sobre determinada enfermedad en general, (caso de la enfermedad de dawm) como con conceptos rendidos para algunos casos individuales.

Para la gran mayoría de los niños a quienes el I.S.S. les retiró el servicio, ni siquiera se aportó prueba sumaria que indique el motivo, es más, en algunos casos el I.S.S. dice que ha continuado prestando el servicio, pero sin probar tal afirmación. Pues bién, ya se ha aceptado que los solicitantes no han faltado a la verdad cuando le dicen a la justicia que los niños ya no cuentan con el servicio. Entonces, se tendrá en cuenta que la tutela también busca prevenir un perjuicio, luego, la determinación no puede ser, como equívocamente lo hizo un Tribunal de primera instancia, rechazar la tutela, sino, por el contrario, decretar el amparo siempre y cuando haya concepto médico que genérica o individualmente justifique la medida.

c) Es importante agregar que han llegado a la Sala de Revisión unos criterios científicos que analizan genéricamente las enfermedades que motivan esta tutela y otros conceptos que se refieren concretamente a algunos niños. Como los conceptos generales se predican para todos los casos, es el momento de señalar cuáles son:

-Del Hospital de la Misericordia: El médico Carlos Eduardo Martínez, Jefe del Servicio de neurología y neurocirugía pediátrica de esa Institución, conceptuó que respecto de los niños con enfermedades como el síndrome de dawn, microcefalia, parálisis cerebral, la recuperación total no es posible, por el carácter irreversible de dichos males. Con relación a enfermedades como hidrocefalia, existen casos con diagnóstico a tiempo y un tratamiento quirúrgico oportuno y adecuado, "podría llegarse a una recuperación total de la actividad neurológica."

Pero, considera este galeno, que los pacientes que "no tengan mejoría total e inclusive para los que si tengan, la fisioterapia juega hoy por hoy un elemento importantísimo en la recuperación del paciente y desde luego en la clase de vida de los mismos llámese fisioterapia, estimulación temprana, terapias ocupacional, de lenguaje o integral etc.".

-Del Hospital Lorencita Villegas de Santos. El doctor Fernando Pecchenino, Jefe del Servicio de Neurología y neurocirugía de esta institución, conceptuó de la siguiente manera:

- El manejo médico de enfermedades como el síndrome de Dawn "consiste en una detención precoz de padecimiento para así mismo iniciar plan de rehabilitación temprana (terapia física, ocupacional, lenguaje) así atenuar su retraso funcional y mejorar la calidad de vida del paciente."

- En enfermedades como la parálisis cerebral infantil, el "manejo médico debe ser realizado por personal calificado que agrupe a terapistas físicas, ocupacionales, fonoaudiología, sicopedagogía.

Estas terapias van encaminadas a dar la habilidad para las actividades de la vida diaria, estabilizar la musculatura y conseguir el desarrollo de la comunicación verbal. El resultado de ese tratamiento es muy variable y depende de varios factores como son: capacidad de superación así como mecanismos y recursos de plasticidad neurológica".

d) Ya se indicó que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1938 de 1994 opera la cobertura familiar.

Estos elementos de juicio por si solos, permitirían una determinación favorable a los niños, pero esta Sala de Revisión considera prudente efectuar un estudio más exaustivo.

Con las anteriores precisiones se entra a estudiar por separado los casos que motivaron las tres acciones de tutela que aquí se acumulan (dos de ellas del Defensor del Pueblo y la otra de las madres).

IV. CASOS CONCRETOS DE LOS NIÑOS A CUYO NOMBRE INTERPUSO TUTELA EL DEFENSOR DEL PUEBLO. TUTELA 44223.

El fallo de 14 de junio de 1994, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, motivo de revisión, dividió a los niños en tres grupos; al primero, con nombres propios, les concedió la tutela como mecanismo transitorio, a otros, en forma genérica les otorgó el mismo tratamiento y un tercer grupo quedó desprotegido del amparo. Esta Sala de Revisión se aparta de la formación de tales grupos, porque considera indispensable hacer un examen pormenorizado, para analizar si hay algún elemento de juicio que permita concluir con certeza que la enfermedad es o no curable dentro de la acepción que se le ha dado a esta palabra en la presente sentencia.

A) Niños con Síndrome de Dawn:

Los menores que se enumeran a continuación, con excepción de aquellos que tienen anotaciones al márgen, han sido atendidos por la Fundación para

la Educación Especial- FE-, entidad que remitió a esta Corporación una valoración individual de estos niños[6].

1. Cristian Camilo García Pardo
2. Héctor Adrián Gómez Pineda
3. Sebastián Humberto Pino Guayacán
4. Andrea Saleni Jabonero. Enfermedad: retardo mental y problemas auditivos. El médico Arturo Cuenca, en concepto no favorable de curación de marzo 17 de 1994, aclaró que la niña "requiere ayuda para mejorar funcionalidad.". En evaluaciones de psiquiatría se evidencia evolución dentro de la enfermedad de la niña.
5. Jorge Emilio Villamil Laverde
6. Sergio Estiven Peña Moyano
7. Luis Abraham Lesmes Espinel. Asiste al centro FRINE. De acuerdo con documentación anexa al expediente, el niño presenta evolución dentro de su enfermedad.
8. Judy Andrea Cañon Castillo
9. Gloria Lucía López Chipatecua
10. Andrés Esteban Triana Sánchez
11. Lina Castaño González
12. Sandra Melisa Roncancio Peña
13. Jéhhyffer Bastidas Garzón
14. Nohemi Cardozo Caceres
15. María F. Rodríguez Bedoya
16. Paula Salamanca Vacca
17. Robert Santiago Sierra Enríquez
18. Alejandra González Camacho
19. Julieth Roa Huertas
20. Freddy A. Cepeda Ruiz
21. David A. Guerrero Pulido. Se retiró del FE en junio 30/94. En la actualidad se encuentra en la Institución Gimnasio Resplandor de Educación Espe-

---

6. Se llama la atención sobre lo siguiente: en unos pocos casos el Defensor del Pueblo repitió, de buena fé el nombre de algunos niños, en esta sentencia se superará tal situación.

cial, quienes en informe de octubre 31 de 1994, opinan que el menor "por los conocimientos adquiridos hasta ahora por el niño, puede seguir ampliando sus conceptos para lograr un mejor desenvolvimiento en su entorno.". El ISS suspende la prestación del servicio de neurología el 28 de julio de 1994, pero dentro de la historia clínica se evidencia prestación del servicio de psicología hasta los últimos meses del año pasado.

22. Alejandra Ardila Ramírez
23. Doris Rocío Lancheros Hastamorir
24. Carlos Eduardo Solarte Calderón
25. Jimena Castañeda Morales.
26. Jimena Alexandra Alba Moreno
27. Carlos Andrés Martínez Sanabria.
28. Andrés Ricardo Gamica Sosa
29. Diana Camila Franco Hernández
30. Luz Marina Rozo Tafur.
31. Sandra Piñeros Valbuena.
32. José Fredy Cardona Guio
33. Néstor Ospina León.
34. Carolina Gallego González
35. Eliana Arcila Rodríguez
36. David Camilo Malagón
37. Gustavo Medina Casteblanco
38. Andrés Felipe Leiva López
39. Angela Vega Naranjo
40. Iván Hemández González
41. Carlos Casas Meneses
42. Andrés Felipe Orrego Callejas
43. Cindi Garnica Naranjo.
44. Laura Daniela Pajarito Campos
45. Alvaro H. Macias Vergara
46. Paula Andrea Marroquin
47. July Patricia Lozano Gambasica. Presentó hidrocefalía, tiene la válvula de Jakin, la cual es controlada periódicamente en neurocirugía. Presenta evaluación dentro de su enfermedad.

48. Luis Angel Joya Forero
49. Daniel Ordóñez Contreras.
50. Dennis Jónathan Torres Fajardo
51. Oscar Daniel Rueda González
52. Manuel I, Forero Jiménez
53. Darvi Patiño Pulido
54. María Angelica Rodríguez Mahecha
55. Carollinne Alejandra Díaz Chavez
56. Dennis Torres Fajardo
57. Andrea del Pilar Chingate Monroy
58. Sebastián Picon García
59. Karen Tatiana Gallo
60. María Isabel Franco Torres
61. Henry Alejandro Vera Franco
62. Melani Cifuentes Silva
63. Jesús Camilo Cruz Bernal.
64. Patricia Lozano Garnbasica
65. Alexander Tavera Rondon
66. Luis Miguel Górnez Rivera.
67. Alexandra Alba Moreno. No está en Fé. Según la Historia Clínica de la niña, ella venía en controles y terapias periódicas en psiquiatría, hasta el 7 de abril de 1994, cuando se suspenden las prórrogas, a pesar del avance que presentaba.
68. Viviana Alvarez Sirnbaqueba
69. Oscar Tovar Rodríguez
70. Carlos Andrés Díaz Manrique
71. Erija Medina Rodríguez
72. Paula Gutiérrez Luque
73. Cesar Augusto Rodríguez González
74. Javier Hernando Cojo González
75. Juan Sebastián Riativa

76. Jónathan Tavera Rendón

77. Camilo Malagón Camargo

78. María Camila Lovera Guzmán

79. Bryan Barreto Cuellar

80. Juan Carlos González Piñeros

81. Lizeth Carolina Duarte Ochoa

82. Nataly Galindo Carreño

83. David Rodríguez

84. Diego González Escobar

85. David Salamanca Franco

86. Lina María Vargas Murcia. Se retiró del Fe, en diciembre de 1993, pero por documentación allegada al expediente, se evidencia progresos dentro de su enfermedad.

87. Andrés Felipe Tamayo Díaz. El niño se retiró de FE. Según información contenida en la historia clínica del niño, en la actualidad no asiste a ningún centro de educación especial, a pesar de ser de "difícil de manejar", según concepto de psiquiatría, de diciembre 9 de 1994. El niño requiere intervención directa de especialistas para el control de su enfermedad.

88. Daniel Felipe Nieves Bojaca

89. Ana María García Navarrete

90. Iván Sebastián Buitrago. Se retiró del Fe, el 30 de octubre de 1993, pero según documentos anexos a la tutela, el niño presenta evolución en su enfermedad.

91. Víctor Manuel Granados. Enfermedad: mielomeningocelis, tuvo atención en la Clínica del niño y el Hospital de la Misericordia. Por el tipo de enfermedad requiere cuidado permanente.

92. Yeimy Katherine Acosta Vargas

93. Deisy Katterine Molano Sabogal

94. Juan Camilo Bernal Espitia

95. Geraldine Mateus Ramírez

96. Catalina García Sogamoso

97. María Mercedes Medina Castillo

98. Miguel Chaparro Bernal

99. Alexander Sanabria Mahecha

100. Juliana Caceres Villalobos

101. Diana Marcela Navas Ardila. No ha sido atendida por el FE. El domicilio de la menor es Bucaramanga, desde donde solicita la intervención del Defensor del Pueblo, para interponer la presente acción de tutela.

102. Yeimi Alexandra Rojas Cardenas. Enfermedad: parálisis cerebral. Afirma la madre de la niña, que la niña requiere de la prestación de servicios médicos, para evitar que ella "empeore", debido a la evolución, aunque lenta, que la niña ha presentado.

103. Miguel Angel Niño Sepulveda.

104. Elena Bautista Riaño

105. Andrea Bastidas Garzón

106. David López Chacon

107. Marcela González Velandia

Todos los niños que han sido atendidos por la Fundación para La Educación Especial FE, después de un detallado estudio particular, tienen la siguiente recomendación: "Los resultados obtenidos mediante el programa de Rehabilitación Integral, permiten señalar el avance significativo logrado en su proceso de desarrollo. Se evidencia el potencial para generar un mayor nivel de habilidades, e incrementar la autonomía personal que respalda en el futuro su calidad de vida," en conclusión, requieren de tratamiento porque puede haber CURACION en la acepción indicada en esta sentencia. Y los que no están adscritos a FE (David Guerrero, Alexandra Alba y Paola Salamanca, Luis Lesmez, Iván Buitrago, Lina María Vargas, Victor Granados y Diana Navas) tiene en su favor conceptos que señalan la necesidad de continuar con el tratamiento médico asistencial.

B) Niños que presentan parálisis cerebral:

Para los niños con esta deficiencia mental, la Sala Séptima de Revisión hará una descripción pormenorizada, para lo cual, esta Sala solicitó a la Asociación Colombiana Pro niño con Parálisis Cerebral PROPACE, la remisión de la valoración semestral que ellos realizan a los niños que son atendidos por dicha institución.

1. Andersson Steve Gaitán Pachón. Nacimiento: Octubre de 1987. Enfermedad: Microcefalia. Desde su nacimiento tiene atención del I.S.S, institución que intervino quirúrgicamente al paciente, en 1990, para implantación de cateter. Según el médico cirujano, **necesita una nueva intervención qui-**

rúrgica. Necesita tomar droga toda su vida. A partir de enero 5 de 1994, el ISS resuelve "no autorizar prórroga de servicios asistenciales". Se encuentra dentro del expediente un concepto del médico Oscar Hincapié donde dice que "no existe pronóstico favorable de curación", pero a manera de glosa afirma que **es necesario un plan de rehabilitación.**

2. Laura Carolina Segura Ramos. Nace: Septiembre de 1986. Enfermedad: Hemiplegia izquierda y según afirma la madre de la niña, "este problema neurológico generó una epilepsia, de la cual actualmente está siendo afectada en forma severa". Se encontraba en estudio para una posible cirugía en el pie izquierdo. A partir de enero 5 de 1994, el ISS resuelve "no autorizar prórroga de servicios asistenciales". De acuerdo con el concepto del médico de los Seguros Sociales, Rogelio Pérez Castellón la niña **"debe seguir en control por ortopedia. Está pendiente procedimiento quirúrgico en el pie izquierdo para "mejorar la marcha. El problema neurológico es irreversible. pero puede "mejorarse" la funcionalidad y la marcha".**

3. Claudia Patricia Arenas González: Nace: Enero de 1979. Enfermedad: Ganglioma óptico, que "se llevó a cirugía el 28-06-93 encontrando lesión expansiva subtemporal derecha, seudoencapsulado.." (folio 19 anexo I)). El ISS suspendió los servicios asistenciales en 1994. De acuerdo con una certificación de un médico del Hospital de la Misericordia de febrero 16 de 1994. (firma ilegible), la paciente "en el momento está estable. **Debe continuar en controles oftalmológicos periódicos."**

4. Cindy Sánchez Panqueva. Nace: Marzo de 1991. Enfermedad: "microcefalia microftalmia y retardo psicomotor secundaria a toxoplasmosis". A través del ISS ingresó al centro PROPACE. Esa Institución realizó en junio 18 de 1993 una valoración que dice "paciente con una edad de desarrollo de aproximadamente cinco meses, logró iniciar rolos, inicia posición sedante, pero no demuestra intencionalidad. No asume posición funcional. No hay actividad motora fina, no hay adecuada respuesta sensoperceptuales, según terapia ocupacional su edad (ocupacional) es de tres meses".

Se propone planes caseros, instrucciones de manejo a la madre y a la familia y controles de los planes caseros." (folio 26 anexo I).

Se retiró de PROPACE por "determinación de la junta de Reevaluación, por no progreso en tratamiento", pero tiene el amparo de la cobertura familiar.

5. Alix Daniela Pérez Nempeque: Nace: Marzo de 1990. Enfermedad: Retardo mental. La niña se encontraba en el Instituto FE, pero por disposición del ISS, debió retirarse al considerar que la niña no presenta progresos notables. La madre de la niña, afirma que en la actualidad la lleva "al Instituto ANTHIROS a terapias, pero son supremamente costosas y yo no cuento con recursos económicos para sostener este gasto y me duele mucho ver a la

niña, sin ningún progreso, ya que por falta de dinero y de atención para las terapias en el Seguro Social, me veo en la obligación de verla en total decaimiento." Y respalda su afirmación en exámenes médicos y de laboratorio que anexó al expediente.

6. Angela Lizeth Murillo Díaz. Edad: 3 años. Enfermedad: Parálisis mental, lo que le ocasiona un retraso psicomotor severo. A partir de marzo 3 de 1994 el ISS resuelve "no autorizar prórroga de servicios asistenciales".

7. Gina Daniela Santa Solano: Nace: mayo de 1991. Enfermedad: convulsiones, por meningitis. Ingresó al Instituto F. Froebel en 1995, Instituto de Retardo Mental. Dentro del expediente se puede evidenciar **los logros que la niña obtiene dentro de su enfermedad.**

8. Andrés Stepven Sierra Valencia: Nace: agosto de 1991. A partir de marzo 10 de 1994 el ISS resuelve "no autorizar prórroga de servicios asistenciales.". El concepto del médico Arturo Cuenca, del ISS, considera que el niño "**requiere ayudas para mejorar funcionalidad.".**

9. José David Ríos Upeque: Nace: diciembre 31 de 1992. Enfermedad: Parálisis Cerebral. Tenía servicios neurológicos en el ISS.

Es atendido por el Instituto PROPACE, quien propone como PLAN para el menor lo siguiente: "Se deberá continuar con tratamiento de Rehabilitación Integral para 1995".

10. Oscar Andrés Bolívar Molano: Edad 3 años. Enfermedad: Parálisis Cerebral. Narra la madre del niño "los conceptos de los médicos especialistas ante la evolución de mi hijo fueron: evoluciona lentamente, pero, evoluciona. En las terapias ha ido ganando los objetivos lentamente, he recibido orientación y asesoría para un manejo en el hogar..." Y respaldo la afirmación en documentos anexos al expediente.

Considera la madre que "la suspensión de suministros de medicinas, del control neurológico, de fisioterapia y de los demás servicios y controles médico-asistenciales además de conducir a un estado degenerativo de su salud pone en peligro su vida, ya que por las altas fiebres que padece puede repetir estados convulsivos luego de los cuales puede quedar con mayores alteraciones."

11. Nicolás Francisco González Cubides: Edad: 6 años. Enfermedad: Parálisis Cerebral. Dentro de la Historia Clínica del niño se encuentra un concepto del médico Oscar Hincapié de diciembre 17 de 1993, en donde consta que no existe pronóstico favorable de curación, pero con una glosa que dice "C/N plan de rehabilitación para mejor funcionalidad neurológica".

12. Jonathán Amaya Morales: Nace: Diciembre de 1987. Enfermedad: Parálisis cerebral. Una evaluación de octubre 5 de 1994, firmada por la terapeuta de lenguaje y terapeuta ocupacional del "Gimnasio Resplandor", consideran que el niño presenta dificultad para centrar la atención debido al alto grado de distractibilidad. El médico del ISS, quien presta servicio de rehabilitación, presentó un negativo pronóstico favorable de recuperación, pero colocó como glosa "requiere c. especial". Igualmente la psiquiatra Olga Albornoz, considera que no existe pronóstico favorable de curación, pero como glosa coloca: "TM que se puede atribuír a trauma de nacimiento. Con el debido manejo de habilitación.

13. Armando Sánchez Falcon: Edad: 4 años. Enfermedad: Parálisis Cerebral. Se encuentra en terapias de lenguaje, terapias física y ocupacional. La madre del niño afirma que "la limitación de Armando Sánchez es en la actualidad básicamente sus miembros inferiores, claro que a través de esta anomalía se atrasa aunque ya asiste al jardín."

Por información suministrada en PROPACE, el niño se retiró de esa Institución por "Abandonó tratamiento. Madre conflictiva".

14. María Catalina Miranda Herrera: Nace: marzo de 1989. Enfermedad: Parálisis Cerebral y pie "EQUINOVARU CONGENITO DERECHO". La niña requiere fisioterapias permanentes para la corrección de su pie derecho, además tenía programada una intervención quirúrgica, pero debido a la suspensión de servicios por parte del ISS, no fue posible dicha intervención. La niña asiste a PROPACE por intermedio del ISS, "con inmensos progresos como son los de caminar, hablar, comer sola y buena concentración y atención en las áreas de terapia ocupacional, por todos los logros obtenidos se hace indispensable que se continue el tratamiento de Rehabilitación en Propace..." . Figura en el expediente un resumen de la historia clínica neurológica de la niña firmada por Edgar Villamil Q., Médico de la Universidad Nacional, en donde consta que la niña tiene "**notables progresos según la historia clínica.**"

PROPACE opina que "Se recomienda su ingreso a una Institución de Educación Especial".

15. Diego Felipe Dimate Martínez: Nace: Julio de 1992. Enfermedad: Parálisis Cerebral. El paciente fué retirado de PROPACE por "determinación de la familia. Traslado del padre a la ciudad de Girardot.". Pero evoluciona dentro de la enfermedad porque requiere rehabilitación para mejorar funcionalidad.

16. Nicolás Mateus Villa: Nace: Agosto de 1990. Enfermedad: Parálisis Cerebral. El niño se encuentra en PROPACE. De acuerdo con lo afirmado por sus padres el niño "tiene tres años y ocho meses y gracias a sus terapias en

PROPACE, ha progresado en forma secuencial el cual nos sentimos contentos puesto que esperamos y sabemos que el niño puede dar mas de el si no se le interrumpe su rehabilitación."

PROPACE considera que el niño "necesita seguir su tratamiento de rehabilitación en PROPACE para 1995."

17. Rodrigo Esteban Sagobal Niño: Nace: octubre de 1992. Enfermedad Parálisis Cerebral. El paciente se encuentra en programas de rehabilitación.

El director de la Institución PROPACE considera que el menor "Deberá continuar tratamiento en esta Institución para 1995".

18. David Escobar Moreno: Nace: mayo de 1992. Enfermedad Parálisis Cerebral. Tiene válvula programable para el manejo de la hidrocefalia que presenta, por esto debe tener controles neurológicos permanentes Afirman los padres del niño que debido a las complicaciones producidas por la hidrocefalia el niño, requiere servicios médicos de neurocirugía, rahabilitación integral, ortopedia, oftalmología y ortoptica. Se encuentra en PROPACE, quienes opinan que "el paciente debe continuar con su tratamiento de rehabilitación en PROPACE en 1995".

19. Yuly Andrea Pedraza Galvis: Nace: enero de 1989. Enfermedad Parálisis Cerebral. Se encontraba recibiendo terapias en el "Gimnasio Resplandor" según la historia clínica. De acuerdo con lo afirmado por sus padres, la niña presenta evolución notoria en su enfermedad.

20. Ana María Rivas Araujo: Edad: 20 meses. Enfermedad: Retardo psicomotor. Polidactilia. La niña se encuentra en PROPACE, quienes opinan que la niña "debe continuar recibiendo tratamiento".

21. Jhon Daza Zamora: Edad: 2 años. Enfermedad Parálisis Cerebral. Se encuentra en PROPACE, a través del ISS, Institución que considera que el niño debe "continuar tratamiento integral de rehabilitación".

22. Fabián Martínez Briceño: Edad: 2 años 5 meses. Enfermedad Parálisis Cerebral. Microcefalia. El niño se encuentra afiliado a PROPACE a través del ISS. Su madre afirma que "gracias a la rehabilitación y el tratamiento que está recibiendo en PROPACE el niño ha progresado bastante.". Esa institución opina que "el niño deberá continuar el tratamiento integral de rehabilitación para 1995".

23. Viviana Gutiérrez Alvarez: Edad 3 años y medio. Enfermedad: Microcefalia, fue operada para introducirle una válvula, razón por la cual necesita controles períodicos. Se encuentra en terapias de rehabilitación en el ISS,

hasta que esta entidad resuelve, el 12 de mayo de 1994 "no autorizar prórroga de servicios asistenciales".

PROPACE opina que "Por las razones anotadas, Viviana continuará en PROPACE en 1995".

24. Gabriel Fernando Serrato Benito: Nace: febrero de 1991. Enfermedad Parálisis Cerebral. El niño se encuentra afiliado a PROPACE a través del ISS, en donde, como lo afirma la madre (mujer viuda) "ha tenido y le he visto progreso, ya sostiene la cabeza, se para con apoyo, da pasos y está empezando a sostenerse totalmente sentado, con ayuda ya trata de sentarse solo, es más dinámico y tiene mejores movimientos.."

PROPACE sugiere "continuidad en PROPACE, solo por 6 meses; después se sugiere ingreso a Instituto para retardo mental severo".

25. Andrea Carolina Castiblanco Carpintero. Edad: 4 años 7 meses. Enfermedad Parálisis Cerebral. La niña se encuentra afiliada a PROPACE, a través del ISS. Se encuentra dentro del expediente una certificación firmada por el doctor CARLOS MORA MORA, Director de PROPACE, en donde consta que la niña "ha hecho progresos motores. El 14 de septiembre de 1993, fue vista por Ortopedia doctor Valentín Malagón quien recomienda férulas plásticas cortas para los pies y fisioterapia, pero **considera muy conveniente alargamiento quirúrgico de aquiles en un futuro próximo. Es indispensable continuar su tratamiento de rehabilitación.**". El ISS a partir de febrero 3 de 1994, resuelve "no autorizar prórroga de servicios asistenciales."

PROPACE afirma que la niña "Deberá continuar recibiendo instrucciones en la escuela como también continuar el tratamiento de rehabilitación integral en esta Institución para 1995".

26. Oscar Javier Hernández Vaquiro: Edad: 3 años. Enfermedad Parálisis Cerebral. El niño se encuentra en terapias. El ISS a partir de enero 27 de 1994 resuelve "no autorizar prórroga de servicios asistenciales". Se encuentra afiliado a PROPACE a través del ISS, quienes consideran que el menor "**debe continuar tratamiento de rehabilitación integral en 1995**".

27. Andrés Felipe Valencia Vargas: Nace: mayo de 1991. Enfermedad: Parálisis cerebral. Se encuentra afiliado a PROPACE a través del ISS, y de acuerdo con la hoja de evolución de enfermedades, que lleva el ISS, en informe de fecha 24 de febrero de 1994, se traza como plan "**continuar en tratamiento de rehabilitación ya que puede alcanzar mas en la funcionalidad neurológica.**".

PROPACE el plan con el menor es "Continuar tratamiento de rehabilitación Integral en PROPACE para 1995".

La Defensoría del Pueblo, presenta dos acciones de tutela, en favor de Andrés Felipe, una ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala de Familia y otra ante el mismo Tribunal, Sala Penal.

28. Káren Andrea Arenas Botia: Nace: febrero de 1992. Enfermedad Parálisis Cerebral. La niña se encuentra en tratamiento para el seguimiento de su enfermedad.

La junta de PROPACE afirma que la niña "Deberá ingresar a un Centro de Retraso Mental, Santa María de la providencia, una vez adquiera marcha e independencia en actividades básicas cotidianas, a fines de 1994."

29. Gina Tatiana Figueroa Segura: Edad: 4 años. Enfermedad: Retardo motor. La niña se encontraba en PROPACE, por intermedio del ISS, pero luego de 7 meses de tratamiento, afirma la madre, "los especialistas realizaron una conferencia en la cual decidieron que GINA TATIANA FIGUEROA SEGURA, no seguiría con el tratamiento sino hasta diciembre de 1993, debido a la poca mejoría que presentaba. En la Clínica del Niño Jorge Bejarano, le estaban concediendo una prórroga anual en los servicios de: ortoptica, oftalmología, neurología, RH, odontopediatría, y ocasionales consultas con el pediatra.."

Por información suministrada en el Instituto PROPACE, la niña "se retiró de la Institución por "dificultades familiares", pero la madre rechaza esta imputación y sí la está tratando la Clínica Bejarano.

30. Oscar Iván Buitrago Navas. Edad 8 años. Enfermedad Parálisis Cerebral. Se encuentra en PROPACE, quienes conceptúan diciendo que el menor "debe permanecer recibiendo tratamiento de rehabilitación en PROPACE, para 1995, se le deben proporcionar actividades que le sean de utilidad."

31. María Camila Vera Jiménez: Nace: Junio de 1993. Enfermedad Parálisis Cerebral. La niña se encuentra en PROPACE, quienes consideran que la niña "deberá seguir recibiendo tratamiento de rehabilitación integral en 1995".

32. Ingrid Yolima Rodríguez Moreno: Edad: 20 meses. Enfermedad: Parálisis Cerebral. Afirma la madre que "la niña ha avanzado un poco pues ya se mueven harto, es entendida, balbucea algunas palabras, pero también le falta mucho pues a la edad que tiene no se sienta, le falta acabar de sostener bien la cabeza, mantiene las manos cerradas.".

33. Diver Anderson Escobar: Edad: 1 año 4 meses. Enfermedad Parálisis Cerebral. Hidrocefalia. No tiene pronóstico favorable de curación en neurología y neurocirugía. Pero en la historia clínica se evidencia evolución dentro de su enfermedad. No se le prestan servicios completos, ya que al parecer se lo trata en neurología y neurocirugía.

34. Orlando Tijaro Trujillo: Edad: 4 años. Enfermedad: Retraso Sicomotor. Tiene válvula de Jakin. El niño cuenta con servicios de neurología en el ISS, el médico C. Amézquita, de esa institución considera que el niño "refiere muy significativa de rendimiento "escolar desde inicio de CBZ.- Continúa en manejo multidisciplinario".

35. Jersson Alexander Beltrán Castillo: Edad: 3 años. Enfermedad Parálisis Cerebral. **El niño necesita una operación según el médico ortopedista.**

36. Edgar Ricardo Bedoya Quitiaquez: Edad: 5 años. Enfermedad Parálisis Cerebral. El niño se encuentra en PROPACE, que de acuerdo con lo que la madre afirma, "se ha venido rehabilitando hasta el momento, presentando una mejoría paulatina a medida que avanza el tratamiento."

En concepto de diciembre 6 de 1994, valoración periódica que PROPACE realiza a los niños que está rehabilitando, no se aprecia recomendación ni plan a seguir con el menor Edgar Ricardo, pero se evidencia una evolución en la enfermedad con las terapias.

37. Angélica Vásquez Chinome: Nace: diciembre de 1988. Enfermedad Parálisis Cerebral. El centro de educación especial del Hospital de la Misericordia, en evaluación de noviembre de 1994, consideran que "la asistencia al Centro y al grupo específico del trabajo ha influido positivamente en los logros obtenidos.". "Se recomienda continuar."

38. Sergio Mauricio Acosta: Edad: 3 años. Enfermedad: Parálisis Cerebral. El niño se encuentra en PROPACE, remitido por el ISS, y según afirma el director de ese Instituto, el niño "deberá continuar con su tratamiento de rehabilitación integral en esta Institución el próximo año (1995)."

Se encuentran dentro del expediente dos conceptos para el comité científico de prórrogas de servicios asistenciales, y figura un concepto otorgado por el fisiatra Arturo Cuenca, en donde dice que "no existe pronóstico favorable de curación". Como glosa de este documento, se encuentra el siguiente texto **"se ha alcanzado progresos funcionales y es de esperar progrese más". Se encuentra otro concepto del mismo paciente, en donde figura un "SI existe pronóstico favorable de curación."**

39. Deisy Rodríguez: Edad: 3 años. Enfermedad Parálisis Cerebral. El director del Instituto PROPACE opina que la niña debe "continuar tratamiento en PROPACE en 1995."

40. Michael Steven Beltrán. Edad: 3 años. Enfermedad: Hidrocefalia y Parálisis cerebral. El niño tiene válvula programable, para el control de la hidrocefalia, por lo que requiere controles médicos periódicos.

41. Juan Pablo Rodríguez Hernández: Edad: 4 años. Enfermedad: Parálisis Cerebral y epilepsia. Ha sido atendido en la clínica del niño. Se encuentra evolución dentro de su enfermedad.

Conclusión: De acuerdo con los conceptos médicos y la historia clínica de cada uno de los niños, sus enfermedades son susceptibles de ser atendidas médicamente, por cuanto su curación (en el sentido que la Sala lo entiende) es factible de obtener, luego prospera la tutela.

- En el caso de Cindy Sánchez, el decreto reglamentario de la Ley 100, que hemos citado, permite la prestación de "ciertos servicios médico-asistenciales" que allí se establecen.

- Respecto de las niñas Melani Cifuentes Silva y Paola Marroquín, favorecidos por la tutela provisional de junio 14 de 1994, hay que advertir que la Fundación para la Educación Especial informó a esta Sala, que los menores fallecieron en mayo de 1994, luego la acción de tutela ya no es procedente.

V. TUTELA T-55600, TAMBIEN PROPUESTA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO

En esta tutela se profirieron los siguientes fallos: del Tribunal Superior, Sala de Familia, octubre 18 de 1994 y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de noviembre 22 de 1994, concedieron la tutela a todos los niños a cuyo nombre habló el Defensor del pueblo sin embargo se hará el estudio individualizado.

1. Diego Mendigaño. Padece: parálisis cerebral. En la historia clínica del niño, encontramos concepto de julio 19 de 1994, se conceptúa que el menor "necesita prórroga pero hay que entender que su enfermedad es entrenable y parcialmente educable pero no curable.". En Septiembre 16 de 1993, la Institución PROPACE, consideró que el menor debe salir de esa Institución, por padecer de un retardo mental severo, y como lo afirma el Director de esa Institución, "no se justifica permanecer aquí para que camine y logros muy demorados". En la historia clínica del niño, se encontró un informe de psiquiatría de marzo 25 de 1994, en donde se afirma sobre la dolencia del menor que "**no es una enfermedad curable, pero respecto a su R.M. es entrenable y parcialmente educable.**".

2. Johana Garzón. Enfermedad: deficiencia proximal de fémur derecho. En la hoja de evolución de enfermedad que lleva el ISS, el departamento de ortopedia conceptuó que el "paciente con deficiencia proximal de fémur derecho, se le practicó amputación del pie derecho a octubre de 1993, se instaló prótesis que le queda pequeña. **Requiere cambio de prótesis**. Paciente

que por su afección no es susceptible de curación o recuperación a la normalidad, pero puede mejorar funcionalidad usando la prótesis proscrita.".

3. Gina Ochoa. Enfermedad: autismo y retardo mental. El 24 de marzo de 1994, neurología conceptuó que la menor no tiene concepto favorable de curación pero "requiere manejo integral por psiquiatría, neurología". Como recomendación se encuentra que "debe manejarse en institución."

4. Andrea J. Cano. Enfermedad: Síndrome de Dawn. Dentro de la historia clínica de esta menor se encontró un concepto de psiquiatría, de fecha 19 de mayo de 1994, donde se considera que "de alguna manera hay que dejarla en Fe. **Desde que la niña entró se ha superado bastante, bastante.** Si es evidente su progreso se da M.A.".

5. Diego Galindo. Enfermedad: Parálisis Cerebral. Autismo. El niño asistía al "Gimnasio de Educación Especial "Federico Froebel", pero por los escasos recursos de sus padres, debió retirarse. El concepto de julio 10 de 1994, emitido por psiquiatría dice que el niño "ya vá solo al baño, inicia el comer solo, su mejoría es evidente pero su prórroga termina el 4 de agosto.". Continúa diciendo que "mi concepto es de un RM con rasgos autistas, **no es curable pero si tiene algunas posibilidades de rehabilitación.** En informe de julio 8 de 1994, de ese mismo departamento, se encontró que "este niño con la debida habilitación lograría progreso. Está en Instituto y ha mejorado considerablemente.".

6. Mónica A. Clavijo López. Enfermedad: osteogenesis imperfecta. El médico Arturo Cuenca, del servicio de rehabilitación del ISS, consideró que la niña no tiene pronóstico favorable de curación sin embargo si opina el médico que la niña "**requiere ayuda para mejorar funcionalidad**".

7. María Camila Clavijo López. Enfermedad: osteogenesis imperfecta. En la historia clínica de la niña se encuentra que requiere controles médicos periódicos. Además se evidencia que la menor **tiene avances significativos dentro de su enfermedad.**

8. Carolina Forero. Enfermedad: Síndrome de Dawn. Un especialista en rehabilitación, según concepto con pronóstico no favorable de curación, de fecha 14 de julio de 1994, opina que la niña "**puede ayudarse con estimulación y c. especial**". Igualmente el neuropediatra Oscar Hincapié, el 21 de febrero de 1994, otorga un concepto negativo de recuperación, para esta menor, pero considera que "**requiere rehabilitación.**".

9. Johan Peñaranda. Padece: retardo mental. En la hoja de evolución de la enfermedad del menor, esta Sala de Revisión encontró un concepto del

médico C. Amezquita del ISS, donde se afirma que Johan **"requiere manejo integral por RHB NQX y neurología."**.

10. María Alejandra Mosquera. Enfermedad: Hidrocefalia y retardo mental. Los médicos especialistas en rehabilitación, consideran que el mal de esta menor es "no curable **pero puede ayudarse dentro de su patología severa del SHC."**.

11. Cristian David García. Padece: parálisis cerebral. Asiste a PROPACE, a través del ISS. Según informe de evolución, encontrado en la historia clínica del niño de fecha agosto 3 de 1994, **"se observa grandes logros dentro de su enfermedad."**

12. Michael Niño. Padece: hidrocefalia y retardo mental. Tiene válvula de Jakin. En informe de neurocirugía de abril 14 de 1994, se "dan indicaciones a la madre para bombeo. Control en 4 meses. **Se recomienda seguimiento clínico y escanográfico periódico."**

13. William A. Morales: Enfermedad: osteomelitis y artritis séptica en fémur y rodilla. El niño ha sido intervenido quirúrgicamente varias veces, en las Clínicas del ISS, incluso le encontraron una diferencia de longitud entre las dos piernas. En mayo 20 de 1993, se inicia proceso de "alargamiento". **El niño necesita nueva cirugía**, pero la prórroga le fue autorizada hasta el 13 de septiembre de 1994.

14. Juan Camilo Salgado. Enfermedad: parálisis cerebral. En los diferentes informes de evolución del mal del niño, podemos evidenciar que dentro de su enfermedad, ha obtenido grandes logros. Así, en valoración de agosto 12 de 1991, se dice que el paciente "aún no sostiene la cabeza bien, no hay balance sentado, persiste su cuariplesia espástica severa, no fija la mirada... la respuesta auditiva es pobre.". En informe de agosto a septiembre de 1993, podemos ver que el "paciente sostiene la cabeza, mejora interacción con el medio, tiene sonrisa y busca ojos.". En informe de mayo 20 de 1993, el niño "responde a algunos sonidos.". Los médicos concluyen que el menor **"necesita rehabilitación y control permanente de ojos y oídos."**

15. Jénnifer A. Sastoque. Padece: Síndrome de Dawn. Asiste al FE. En su historia clínica, se encuentran informes que evidencian su evolución dentro de su enfermedad. El 15 de marzo de 1994, se describe que la paciente "ha respondido efectivamente, reconoce las partes del cuerpo y prendas de vestir, obedece ordenes sencillas. La paciente desde febrero ingresó al jardín medio tiempo, donde se ha adaptado muy bien.". **Psiquiatría dá un pronóstico favorable de curación, en este campo.**

16. Jaime Andrés Pinzón. Padece: Síndrome de Dawn. Se encuentraba en controles cardíacos, oftalmológicos y neurológicos permanentes, pero no se

le otorgó prórroga. En la historia clínica vemos como el niño **evoluciona en su enfermedad.**

17. Jonathán Pinzón. Niño con síndrome de Zellweger, "entidad caracterizada por una displasia metabólica que produce malformaciones en diferentes órganos incluyendo Sistema Nervioso Central, con un muy mal pronóstico desde el punto de vista neurológico y de sobrevida." Se encontraba en terapia respiratoria, hasta que el ISS, decidió no prorrogar este servicio asistencial, pero el menor necesita tomar droga permanentemente.

18. Miguel Gámez. Enfermedad: parálisis cerebral. Tiene prótesis ocular izquierda. El niño sale del Instituto PROPACE, por cuanto los galenos de esa institución opinan que el "paciente ha cumplido 4 años de atención en PROPACE, en quien por los resultados obtenidos, se recomienda un instituto que ofrezca custodia para niños severamente discapacitados y con deficit mental severo.". Pero en informe de neurología se encontró que el niño **"requiere plan de rehabilitación para mejorar funcionalidad."**

19. Camilo A. Rodríguez. Enfermedad: cifoescoliosis congénita toraxica. El menor fue operado en 5 oportunidades en el Hospital de la Misericordia, remitido por el ISS. El niño necesita controles periódicos de su dolencia, por que "al parecer su enfermedad es progresiva", opinan los médicos, según historia clínica. Además, **Camilo requiere de otra cirugía.**

20. Jennifer Larrota. Enfermedad: parálisis cerebral. Debe suministrársele droga diaria de control periódico. El médico del servicio de rehabilitación, rindió concepto no favorable de curación, (abril 14 de 1994), pero considera que **"requiere ayuda para mejorar funcionalidad."**

21. William Moreno. Padece: retardo mental. El 27 de febrero de 1994 un especialista en rehabilitación conceptuó que el menor no tiene pronóstico favorable de curación, pero que **"requiere c. especial".** Asiste al Gimnasio Resplandor, institución que en abril 5 de 1994, realizó la evaluación del niño, considerando que el menor "puede ingresar a los programas de terapia ocupacional, de lenguaje y académico.".

22. Jonathán Hoyos P. Enfermedad: parálisis cerebral. Un médico especialista en rehabilitación, en concepto no favorable de curación, de fecha 31 de enero de 1994, consideró que **"debe buscarse mejoría funcional parcialmente."**

23. Mónica M. Valderrama. Enfermedad: síndrome de west, epilepsia mixta refractaria. Esta paciente presenta crisis convulsivas, razón por la que el ISS, realiza controles médicos periódicos, más tratamiento con medicamento de control.

24. Cristhian Rodríguez. Padece: parálisis cerebral. El menor se encuentra en rehabilitación en el Hospital de la Misericordia. La madre afirma que el niño "durante el tiempo que tuvo las terapias, su rehabilitación fue notoria, a pesar de ser lenta, se notaba el cambio en sus movimientos, forma de hablar, forma de actuar. **Sin las terapias el niño queda condicionado a depender de alguien toda su vida."**

25. Geraldine Díaz. Enfermedad: parálisis cerebral. Dentro de la evolución de la enfermedad de la niña y el relato de la madre, se evidencia que la menor tiene muy poca evolución, dentro de su cuadro clínico. Afirma la madre que Geraldine "no habla, no coordina los movimientos, ni las ideas, camina totalmente mareada. La llevé a un jardín y la niña no me la recibieron por que era discapacitada para estar allí.".

26. Diana Sarmiento. Enfermedad: síndrome de west y retardo sicomotor. La niña necesita tratamiento con medicamentos de control. El médico fisiatra en mayo 20 de 1994, consideró que la menor no tiene concepto favorable de curación, **"pero requiere ayudas para mejorar funcionalidad."**

27. María Alejandra Castillo. Padece: parálisis cerebral y cataratas congénitas. El 25 de mayo de 1994, el Instituto PROPACE aprobó su ingreso. El médico del ISS, Oscar Hincapié, dió concepto no favorable de curación, para la enfermedad de la niña, pero considera que ella, **"requiere rehabilitación."**

28. Diego E. Rodríguez. Padece de talus vertical. El niño fue sometido a dos intervenciones quirúrgicas, **pero necesita una nueva operación para corregir deformidad,** que no se pudo programar por que el ISS negó la prórroga en la prestación de servicios asistenciales.

29. Oscar Varela. Enfermedad. síndrome de dawn. De acuerdo con la historia clínica del menor se evidencia que **existe una evolución considerable dentro de su enfermedad.**

30. Carlos Eduardo Triana. Enfermedad: síndrome de dawn y estrabismo. Asiste al Fe. El niño tiene prórroga en los servicios de oftalmología, ortoptica, psiquiatría y endocrinología. Solicita se le reanude la prestación del servicio de rehabilitación. Según la historia clínica del niño se encuentra que él **"ha progresado con terapias de rehabilitación"**, y que la prestación de ese servicio es un medio importantísimo para obtener mejor calidad de vida en este paciente.

31. Jhon Jairo Herrera. Enfermedad: síndrome de dawn. Asiste al FE. Según la historia clínica del menor, éste presenta una evolución notoria dentro del progreso de su desarrollo. Psiquiatría en diversos informes considera que

"el manejo ha sido satisfactorio", Jhon presenta "**avances en todo**", "**ha mejorado bastante bastante.**".

32. Jair Alberto González. Enfermedad: parálisis cerebral. Tuvo una intervención quirúrgica en la pierna. Asistía al Instituto Colombiano de Rehabilitación T.D. Roosewelt.", quienes afirman que **el menor evoluciona dentro de su enfermedad.**

33. Leonardo Ordóñez Posada. El niño nace con hidrocefalia. Se le colocó válvula de Jakin, pero se infectó, originando una meningitis., por lo que **requiere un control médico permanente**, aunque el departamento de Neurocirugía del ISS, dió un pronóstico no favorable de curación en agosto 16 de 1994.

34. Humberto Orjuela Ruiz. Sufre de un retardo sicomotor, tiene la válvula de Jakin. El ISS, le venía prestando servicios asistenciales de terapia física, ocupacional, de lenguaje y servicios de neurología.

35. Gustavo Adolfo Ortíz. Padece de meliomeningocel. El médico neuropediatra Oscar Hincapié, dió pronóstico no favorable de curación, en julio 28 de 1994, pero como glosa aconseja que el niño requiere rehabilitación multidisciplinaria, para mejorar funcionalidad neurológica.

36. Luisa María Páez. Padece de meliomeningocel e hidrocefalia, para lo cual se le colocó la válvula de Jakin. La niña se encontraba en controles médicos permanentes en fisiatría, neurocirugía y ucología y requiere que se continúen.

37. Miguel Angel Ramírez Vaca. nace el 29 de julio de 1992. febrero 24 de 1994, el ISS, resuelve "no autorizar prórroga de servicios asistenciales".

38. Andrés Alberto Rodríguez Pérez. El niño presenta artritis séptica de cadera derecha. Los médicos del ISS, habían programado una cirugía para el niño, a efectuarse el 15 de julio de 1994, pero no obtuvo prórroga en la prestación de servicios asistenciales y necesita la cirugía.

39. Natalia Rodríguez Sánchez. Padece de Ortigripasis. El ISS, presta esta niña la asistencia médica en varias áreas de la medicina, exepto en ortopedia, que según lo afirma la madre "es el área que más necesita por las terapias."

40. Camilo Fernando Sánchez. Padece de retraso motriz. El ISS lo atendió hasta el 6 de enero de 1994. El niño estuvo en PROPACE, y como lo afirma la

madre en la solicitud presentada a la Defensoría del Pueblo, el niño durante el tiempo que estuvo en terapia, presentó grandes adelantos en su enfermedad. El médico fisiatra del ISS, conceptuó pronóstico no favorable de curación, pero "sin embargo puede esperarse mejoría funcional."

41. Jaime Andrés Bernal Martínez. el niño presenta síndrome de West. El ISS lo atendió hasta mayo 5 de 1994. De acuerdo con apartes de la historia clínica allegada al proceso, el niño presenta evolución dentro de su enfermedad.

42. Fabián Andrés Aldana. Presenta Síndrome de Criduchat. Tuvo luxación congénita de caderas y retardo mental. Dentro de la historia clínica del niño se encontró informes del médico C. Amezquita, neurólogo del ISS, donde recomienda "continuar con el manejo de rehabilitación" y "tratamiento médico integral". El médico Arturo Cuenca, conceptuó el 23 de marzo de 1994, pronóstico no favorable de curación, a pesar de que "requiere ayudas para mejorar funcionalidad."

43. Ingrid Rodríguez Tenorio. Parálisis Cerebral. Actualmente el ISS le presta servicios de oftalmología y ortopedia. Pero el Servicio de neurología fué suspendido por no presentar pronóstico favorable de curación. Según documentos allegados al expediente se evidencia que la niña presenta evolución dentro de su enfermedad.

44. Sergio Enrique Rubiano Vásquez. Enfermedad: Síndrome de West. Nace: enero 13 de 1993. En marzo 9 de 1994, el médico fisiatra del ISS, conceptuó pronóstico no favorable de curación, pero como anotación final colocó que el niño "requiere ayuda para mejorar funcionalidad."

45. Juan Hernando Sabogal. Enfermedad: Como consecuencias de un meningocele lumbar presentó luxación de cadera, pie equino varo. Se le practicó cirugía correctiva en el pie y las caderas. En informe de marzo 15 de 1994, el doctor Oscar Hincapié, plantea el plan a seguir con el niño "tratamiento de rehabilitación multidisciplinaria.".

46. Paul Salamanca Chía. Enfermedad: síndrome de dawn. Psiquiatría, dice en enero 20 de 1994, que si existe pronóstico favorable de curación.

47. Angela Samper Vivas. Padece de Parálisis Cerebral. Fuero de la Solicitud de tutela no hay ningún otro elemento ilustrativo, ni se encontró historia clínica.

48. Andrea Paola Sánchez Espinel. Enfermedad: mielomeningocel. Presentó hidrocefalia, se le colocó la válvula de Jakin. Narra la madre que la evolución que la niña presentó dentro de la enfermedad es notoria y muy

gratificante, gracias a las cirugías que se practicaron a la niña, su movimiento mejoró enormemente.

49. Juan David Tafur Suárez. Enfermedad: mielomeningocele. El niño tiene pronóstico favorable de curación en los servicios de nefrología, urología, ortopedia, rehabilitación, no en neurología, atención necesaria para la rehabilitación del niño.

50. Jennifer Torres Calvo. Padece de Parálisis Cerebral. En escrito allegado al expediente, se encuentra un concepto del doctor Arturo Cuenca, fisiatra del ISS, en donde sugiere llevar a la niña a una institución particular.

51. Helen Vargas Valencia. Enfermedad: Agenesia. El Defensor del Pueblo asegura que la niña, necesita de los servicios médicos que presta el Seguro Social.

52. Catalina Velázquez Cantor. Enfermedad: Síndrome de Dawn. La niña presenta evolución dentro de su enfermedad.

53. Edison Vergel Tiria. Padece: retardo mental. No tiene pronóstico favorable de curación, según concepto de neurología de fecha 21 de junio de 1994, pero con evolución dentro de su enfermedad.

54. Gina Villadiego. Padece: Parálisis Cerebral. No tiene pronóstico favorable de curación en neurología y rehabilitación, según conceptos de febrero 26 y marzo 16 de 1994, pero la niña presenta evolución dentro de su enfermedad.

55. Jubi Tatiana Villaraga. Enfermedad: Síndrome de Dawn. En concepto de psiquiatría de fecha julio 13 de 1994, la niña no tiene pronóstico favorable de curación. Como anotación final a este concepto, el especialista opina que "con la adecuada habilitación se lograría mejora mas no cura de su cuadro".

56. Sandra J. Aguilera Mesa. Equinovaro en el pie derecho. Ortopedia conceptuó que no existe pronóstico favorable de curación, el día 15 de julio de 1994. En la hoja de evolución médica de la niña se encontró esta anotación con fecha de septiembre 23 de 1994, se le explica a la madre "que nosotros solo, por orden de la dirección de la clínica, anotamos si el paciente tiene pronóstico de curación o restablecimiento a normalidad o no lo tiene desde el principio, los problemas del P.E.V.C. **pueden mejorar con el tratamiento ortopédico que debe seguirse.."**

57. Jennifert Lorena Angel Castañeda. Enfermedad: Síndrome de Torchs. La niña se encontraba recibiendo servicios de ortopedia, neurología, urología, optometría, optortica, rehabilitación, nefrología y pediatría. La madre

afirma que la menor, por su enfermedad, debe tener "estricta vigilancia médica", aspecto que permitió en la niña "cada vez mayor recuperación". El ISS, diagnosticó concepto favorable de curación en el área referente a urología.

58. Kevin Eduardo Aranguren Buitrago. Enfermedad: Síndrome de West. De acuerdo con informes allegados al expediente, el niño se encuentra libre de crisis convulsivas hace algún tiempo. Requiere control de medicamento.

59. Diana Carolina Arias Puentes. Enfermedad: Epilepsia, prestaba servicios de neurología y el suministro de droga anticonvulsionante, medicamento de consumo diario y control periódico.

60. Diana Catalina Betancur. Enfermedad: Síndrome de Dawn. La niña se encuentra inscrita en el FE. Presentó enfermedades pulmonares.

61. Wilson Daniel Bueno Samudio. Enfermedad: Síndrome de Dawn. Asiste al FE, con evolución dentro de su enfermedad.

62. Esteban Buitrago del Castillo. Padece de Parálisis Cerebral. Nace: octubre 31 de 1993. En la historia Clínica del niño se encuentran valoraciones del médico Luis Fernando Morales, de fecha Marzo 3 de 1994, quien encontró que el niño "no se sostiene sentado, vé y oye bien a juicio de la madre, atiende al llamado, balbucea, se voltea solo...." y se aconseja "seguir terapia física.".

63. Sharol Pamela Caicedo. Padece: Síndrome de Dawn. Asiste al FE. Se allega al expediente un carné de consultas médicas en la Fundación Cardio-Infantil, atención que se realiza, a través del ISS.

64. Ana María Cardozo. Enfermedad: Síndrome de Dawn. El ISS, le presta los servicios de cardiología, odontología y oftalmología. La niña presenta evolución dentro de su enfermedad.

65. Bryan Gerardo Carreño Joya. Enfermedad: Síndrome de Daw. El niño asiste al FE, evolucionando dentro de su enfermedad.

66. José David Cuellar. Enfermedad: Meningocele lumbo Sacro. Hidrocefalia. El niño tiene válvula de Jakin, por lo que necesita control médico periódico.

67. Paula Ximena Cuesta. Enfermedad: Síndrome de Dawn. La niña tiene luxación de caderas, por lo que se le han practicado 2 cirugías, en la última le

colocaron un clavo y platino, elementos que deben ser retirados en una tercera cirugía.

68. Jaime Alexander Faladiche. Enfermedad: Síndrome de Dawn. El niño asiste al FE, con logros importantes dentro de su dolencia.

69. Daniel Felipe Figueroa. Padece: Parálisis Cerebral. Hidrocefalia. Tiene Válvula de Jakin. En junio 20 de 1994, le fue aprobado el ingreso a PROPACE, para rehabilitación integral.

70. Leydi Natalia Fonseca. Padece: Sordera. Se encontraba afiliada, a través del ISS al Instituto Colombiano de Audición y el Lenguaje, quienes en junio 24 de 1994, dieron concepto en los siguientes términos: "Desafortunadamente por la patología que la niña padece consideramos que no puede suspender las terapias ocupacional y física ya que aún no ha logrado un desarrollo funcional que le permita un adecuado desempeño tanto en el colegio como en el hogar.".

71. Jorge Eduardo Galindo Ojeda. Dice la Defensoría que la Enfermedad es Hidrocefalia, pero no hay ninguna prueba, ni historia clínica.

72. Johana Marín Orjuela. Esta niña y el siguiente está en la misma condición de Galindo Ojeda.

73. Juan Camilo Marín Londoño

74. Káren Paola Mahecha. Tampoco hay prueba alguna.

75. Freddy Martínez.

76. Jaison Méndez Suárez. Enfermedad: Epilepsia parcial, por esta dolencia, el niño ha estado en controles neurológicos permanentes. Desde hace un tiempo el niño no presenta convulsiones. De acuerdo con la historia clínica analizada, se encontró un manejo en psiquiatría por hiperactividad, dentro del cual se requiere manejo especializado en forma directa. Campo dentro del cual, el niño puede obtener logros.

77. Luis Eduardo León Bernal. Enfermedad: parálisis cerebral. Narra la madre del niño, que el menor asistió a PROPACE, durante un año, al término de este tiempo fue rechazado. Luego asistió por tres años, al centro de educación CEPITYN. La última institución donde el niño estuvo se llama YO SOY UTIL, pero por problemas económicos de la familia, tuvo que retirarse. Ese centro de educación especial, en informe aportado al expediente analiza la importancia de la continuidad con el tratamiento.

78. Fredy Andrés Lozano Puentes. Padece de retardo mental, epilepsia y presenta rasgos autistas. Dentro de los informes de los distintos especialistas se encuentra como nota generalizada, la recomendación de un "manejo en educación especial", "terapias físicas y de lenguaje", que permitan una evolución, dentro de la enfermedad del niño.

79. María Fernanda Isaza Guerrero. Enfermedad: Síndrome de Dawn. De acuerdo con informes de psiquiatría, la menor tiene un "aceptable pronóstico y buenos logros en rehabilitación y psiquiatría.", lo que permite concluir avances dentro de su enfermedad.

80. Fabian Camilo Guillen. No tiene ningún elemento de juicio que permita estudiar este caso concreto.

81. Ivonne González. Enfermedad: Retardo en desarrollo sicomotor, problemas pulmonares. De acuerdo con la historia clínica de la niña se evidencia un notable progreso dentro de su enfermedad.

Conforme ya se advirtió, a todos estos niños las sentencias de primera y segunda instancia les concedieron la tutela con fundamento en los razonamientos que se resumieron al principio de este fallo de revisión. Sin embargo, la Sala de Revisión ha estimado prudente estudiar cada caso para ver si los niños tienen una enfermedad curable en la acepción que la Corte le ha dado a este calificativo y no en el sentido restrictivo que le dio el I.S.S.. La lectura de los casos permite concluir: Que no hay ningún elemento de juicio, inclusive no aparece historia clínica, respecto a los solicitantes: Angela Samper, Jorge Eduardo Galindo, Johana Marín, Juan Camilo Marín, Karen Mahecha, Freddy Martínez y Fabian Camilo Guillén, por lo tanto la tutela no prospera para ellos, pero, si algunos de sus padres es afiliado del I.S.S., los niños quedan amparados por lo establecido en la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias.

Respecto de los otros niños, prospera la tutela porque las historias clínicas respaldan la continuación de la prestación de los servicios médicos asistenciales, y si alguna duda surgiere, se resuelve en favor del menor por el derecho a la cobertura familiar.

VI. TUTELA T- 51287, INTERPUESTA POR CINCO MADRES

El expediente se refiere a estos cinco niños:

1. Juan David Durán Chavez. Padece: retraso mental. Según valoración de la Psiquiatra forense, doctora Nancy De la Hoz Matamoros, del Instituto Nacional de Medicina Legal, el menor debe ser tratado por un "equipo interdisciplinario, pediatra, terapeuta del lenguaje, ocupacional, neuropediatría, edu-

cadora especial y trabajadora social. El menor debe recibir este tratamiento para que conserve lo aprendido y continúe este proceso.

2. Jhon Alexander Méndez Caro. Presenta: hidrocefalia, retardo del desarrollo psicomotor secundario. De acuerdo con el médico de grupo de la Clínica Forense del Instituto de Medicina Legal, doctor Marco Fidel Solarte Chamorro, el niño presenta "retardo mental moderado cuya patología no es posible de erradicar, pero sí disminuír sus secuelas con un adecuado manejo de rehabilitación. Por consiguiente requiere continuar con apoyo médico interdisciplinario."

3. Stheffany Tiria Guerrero. Presenta: retraso en el desarrollo psicomotor. Considera la doctora Victoria Villegas Mejía, de medicina legal, que "la niña con el RETARDO MENTAL entre severo y profundo que presenta es prolongado y complejo por lo general costoso, ya que idealmente debe ser realizado por un equipo de profesionales neuropediatra, psicólogo clínico, trabajador social, terapista físico y ocupacional, todo con el fin de lograr un desarrollo integral."

4. Sergio Andrés Díaz. La doctora María Zelandia Cuervo Rojas, médico forense de medicina legal concluye que este menor "con retardo psicomotor marcado y trastorno visual auditivo, quien requiere actualmente un programa de rehabilitación continua.

5. Andrés Felipe Manrique Monterrey. El cuadro clínico del niño se analizó en la primera parte de esta providencia, allí se hizo referencia a conceptos médicos que aconsejan continuar con el tratamiento.

Para estos cinco niños no hay la menor duda de que se debe conceder la tutela y en tal sentido hay que revocar la decisión de segunda instancia.

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

RESUELVE

Primero: dentro del expediente T-44223, REVOCAR la decisión de única instancia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, de fecha 14 de junio de 1994, en consecuencia TUTELAR DEFINITIVAMENTE los derechos a la salud y a la seguridad social de los menores a cuyo nombre impetró la tutela el Defensor del Pueblo, excepto los que se indicarán en el numeral 4º de esta parte resolutiva.

Segundo: con relación al expediente T-55600, CONFIRMAR la decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha noviembre

22 de 1994, en cuanto tuteló los derechos fundamentales de unos menores excepto los niños que se relacionarán en el numeral 5º de la parte resolutiva.

Tercero: Por consiguiente, el Instituto de Seguros Sociales deberá desde ya prestar todos los servicios asistenciales que requieran los siguientes menores incluidos en las solicitudes de tutela de los expedientes T-44223 y T-55600:

Alejandra Ardila Ramírez, Alejandra González Camacho, Alexander Beltrán Castillo, Alexander Sanabria Mahecha, Alexander Tavera Rondón, Alexandra Alba Moreno, Alix Daniela Pérez Nempeque, Alvaro Hemán Macias Vergara, Ana María Cardozo Avendaño, Ana María García Navarrete, Ana María Rivas Araujo, Anderson Gaitán Pachón, Andrea Bastidas Garzón, Andrea Carolina Casteblanco, Andrea del Pilar Chingate Monroy, Andrea Juliet Cano Albomoz, Andrea Paola Sánchez Espinel, Andrea Saleni Jabonero, Andrés Alberto Rodríguez Pérez, Andrés Esteban Triana Sánchez, Andrés Felipe Leiva López, Andrés Felipe Manrique, Andrés Felipe Orrego Callejas, Andrés Felipe Tamayo Díaz, Andrés Felipe Calencia V, Andrés Ricardo Garnica Sosa, Andrés Setepven Sierra Palencia, Angela Lizeth Murillo Díaz, Angela Vega Naranjo, Angelica Vásquez, Armando Sánchez Falcon, Bryan Barreto Cuellar, Bryan Gerardo Carreño Joya, Camilo Andrés Rodríguez, Camilo Fernando Sánchez, Camilo Malagón Camargo, Carlos Andrés Díaz Manrique, Carlos Andrés Martínez Sanabria, Carlos Casas Meneses, Carlos Eduardo Solarte Calderón, Carlos Eduardo Triana Castro, Carolina Forero Barinas, Carolina Gallego González, Carollinne Alejandra Díaz Chavez, Catalina García Sogamoso, Catalina Velázquez Cantor, César Augusto Rodríguez González, Cindy Garnica Naranjo, Cindy Sánchez Panqueva, Claudia Patricia Arenas González, Cristhian Rodríguez Farfán, Cristian Camilo García Pardo, Cristian David García, Daniel Felipe Figueroa M, Daniel Felipe Nieves Bojaca, Daniel Ordóñez Contreras, Daniela Santa Solano, Darvi Patiño Pulido, David A. Guerrero Pulido, David Camilo Malagon, David Escobar, David López Chacon, David Rodríguez, David Salamanca Franco, Deisy Katterine Molano Sabogal, Deisy Rodríguez Munar, Dennis Jonathán Torres Fajardo, Dennis Torres Fajardo, Diana Camila Franco Hernández, Diana Carolina Arias Puentes, Diana Catalina Betancurt Sánchez, Diana Marcela Sarmiento Díaz, Diego Alejandro Galindo Lara, Diego Enrique Rodríguez, Diego González Escobar, Diego Mendigaño, Diver Escobar González, Doris Rocio Lancheros Hastamorir, Edgar Ricardo Bedoya, Edison Andrés Vergel Tiria, Elena Bautista Riaño, Eliana Arcila Rodríguez, Erija Medina Rodríguez, Esteban Guiovanni Buitrago, Fabián Andrés Aldana Beltrán, Fabián Martínez Briceño, Freddy Andrés Lozano Puentes, Freddy A. Cepeda Ruiz, Gabriel Eduardo Serrato, Geraldine Díaz Altoninez, Geraldine Mateus Ramírez, Gina Lizeth Villadiego, Gina Milena Ochoa Montaña, Gina Tatiana Figueroa, Gloria Lucía López Chipatecua, Gustavo Adolfo Ortiz, Gustavo Medina Casteblanco, Héctor Adrian Gómez Pineda, Helen Yizeth Vargas Valencia, Henry Alejandro Vera Franco, Humberto Orjuela R., Ingrid Rodríguez Te-

norio, Ingrid Yolima Rodríguez, Iván Hernández González, Iván Sebastián Buitrago, Ivonne González Franco, Jaime Alexander Faladiche, Jaime Andrés Bernal Martínez, Jaime Andrés Pinzón, Jair Alberto González Feliciano, Jaison Leonardo Méndez S., Javier Hernando Cojo González, Jehhyffer Bastidas Garzón, Jeniffer Alejandra Sastoque Avila, Jeniffer Larrota Rodríguez, Jeniffer Paola Torres Calvo, Jesús Camilo Cruz Bernal, Jhon Alexander Méndez Caro, Jhon Daza Zamora, Jhon Jairo Herrera Martínez, Jimena Alexandra Alba Moreno, Jimena Castañeda Morales, Johan Peñaranda Lizarazo, Johana Garzón Tellez, Jonathán Amaye Morales, Jonathán Fernando Pinzón Molina, Jonathán Hoyos Prieto, Jonathán Tavera Rendón, Jorge Emilio Villamil Laverde, José David Rios Upegui, José Davida Cuellar Marín, José Fredy Cardona Guio, Juan Camilo Bernal Espitia, Juan Camilo Salgado, Juan Carlos González Piñeros, Juan David Duran Chaves, Juan David Tafur Suárez, Juan Hernando Sabogal Cortes, Juan Pablo Rodríguez H., Juan Sebastián Riativa, Jubi Tatiana Villarraga Pardo, Judy Andrea Cañon Castillo, Juliana Caceres Villalobos, Julieth Roa Huertas, July Patricia Lozano Gambasica, Karen Andrea Arenas, Karen Tatiana Gallo, Kevin E. Aranguren Buitrago, Laura Carolina Segura Ramos, Laura Daniela Pajarito Campos, Leonardo Ordoñez Posada, Leydi Natalia Fonseca, Lina Castaño González, Lina María Vargas Murcia, Lizeth Carolina Duarte Ochoa, Luis Abraham Lesmes Espinel, Luis Angel Joya Forero, Luis Eduardo León Bernal, Luis Miguel Gómez Rivera, Luisa María Páez, Luz Marina Rozo Tafur, Manuel A. Gamez Penagos, Manuel I, Forero Jiménez, Marcela González Velandia, María Alejandra Castillo, María Alejandra Mosquera, María Angelica Rodríguez Mahecha, María Camila Clavijo López, María Camila Lovera Guzmán, María Camila Vera Jimenez, María Catalina Miranda, María F. Rodríguez Bedoya, María Fernanda Isaza Guerrero, María Isabel Franco Torres, María Mercedes Medina Castillo, Michael Nicolás Niño, Michel Steven Beltrán, Miguel Angel Niño Sepulveda, Miguel Angel Ramírez Vaca, Miguel Chaparro Bernal, Miguel Garnez Penagos, Monica Alejandra Clavijo López, Mónica Marcela Valderrama, Natalia Rodríguez Sánchez, Nataly Galindo Carreño, Néstor Ospina León, Nicolás F. González Cubides, Nicolás Mateus Villa, Nohemi Cardozo Caceres, Orlando Tijaro Trujillo, Oscar Andrés Bolivar, Oscar Daniel Rueda González, Oscar Felipe Varela Parra, Oscar Iván Buitrago Navas, Oscar Javier Hernández, Oscar Tovar Rodríguez, Paola Salamanca Vacca, Patricia Lozano Gambasica, Paul Salamanca Chía, Paula Gutiérrez Luque, Paula Ximena Cuesta Valbuena, Robert Santiago Sierra Enríquez, Rodrigo Esteban Sabogal, Sandra Julieta Aguillera Meza, Sandra Melisa Roncancio Peña, Sandra Piñeros Valvuena, Sebastián Humberto Pino Guayacán, Sebastián Picon García, Sergio Andrés Díaz Rodríguez, Sergio E. Rubiano Vásquez, Sergio Estiven Peña Moyano, Sergio Mauricio Acosta Vela, Sharol Pamela Calcedo Gamba, Stheffany Tiria Guerrero, Victor Manuel Granados, Viviana Alvarez Simbaqueba, Viviana Gutiérrez Alvarez, William A. Morales Hoyos, William Moreno Cubillos, Wilson Daniel Bueno Samudio, Yeimi Alexandra Rojas Cardenas, Yeimy Katherine Acosta Vargas, Yennifert Lorena

Angel Castañeda, Yuli Andrea Pedraza y Cindy Sánchez Panqueva, Diego Felipe Dimate.

Cuarto: No conceder la tutela a los menores Melani Cifuentes Silva, y Paula Marroquín, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Quinto: No conceder la tutela a los menores Jorge Eduardo Galindo Ojeda, Johana Marín Orjuela, Juan Camilo Marín Londoño, Karen Paola Mahecha, Fabián Camilo Guillen, Angela Samper Vivas, Freddy Hernán Martínez, por las razones y aclaraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Sexto: En referencia al expediente T-51287, REVOCAR la decisión de la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, de fecha octubre 13 de 1994, y en consecuencia TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social y a la salud de los niños Jhon Alexander Méndez Caro, Juan David Durán Chavez, Stheffany Tiria Guerrero, Sergio Andrés Díaz Rodríguez y Andrés Felipe Manrique Monterrey.

Séptimo: Por Secretaría General de la Corte Constitucional, comuníquese esta providencia al Instituto de los Seguros Sociales, al Defensor del Pueblo y a las madres de los cinco niños que interpusieron la tutela radicada con el número T-51287.

Notifíquese, insértese en la Gaceta Constitucional, comuníquese 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-021
de febrero 01 de 1995

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA - Conexidad

El derecho a la vivienda digna en abstracto no haría parte de los derechos fundamentales, pero en algunas circunstancias lo sería si está en conexidad con otros derechos fundamentales. La efectividad de la tutela respecto a la petición de una persona para que su vivienda sea digna dependerá de las condiciones jurídico-materiales del caso concreto.

TEMBLORES DE TIERRA / DISTRITO CAPITAL - Responsabilidad por deslizamientos de tierra / **PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL**

En el campo constitucional hay que admitir la interacción entre la naturaleza y la sociedad. La naturaleza sería jurídicamente nada sin el hombre social. Está llamado a recoger el postulado neopositivista, según el cual los conceptos de las ciencias sociales (entre ellas el derecho) dependerían de los conceptos psicológicos, biológicos o físicos. El Distrito Capital no es responsable de que la construcción de la peticionaria se tornara inestable, pero eso no exonera, ni a la comunidad ni al Distrito, del deber de "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas", con el criterio de que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado , y de los particulares" y con la solidaridad que deben tener las personas que integran a Colombia.

ZONA DE ALTO RIESGO - Deber del Estado de adquirir inmuebles

Es deber del Estado adquirir el inmueble que está dentro del alto riesgo como solución inmediata al riesgo que corre la sociedad y especialmente el particular que lo habita y como solución preventiva para que no vaya a ser habitado por otras personas; puede acudirse a lo expropiación y ello significa

que el bién expropiado se incorpora al espacio público y que el antiguo propietario puede comprar otro inmueble que supla el que tenía, así se cumple el principio político del artículo 51 de la Constitución. La autoridad debe actuar con prudencia porque están en juego el derecho de propiedad, el derecho a la vivienda digna y el derecho a la vida. Es justo que si una zona es de alto riesgo, se proceda a la evacuación de las personas para proteger su vida y además será obligación del Estado efectuar los actos administrativos indispensables para que los afectados encuentren otro lugar donde vivir en condiciones parecidas a las que antes disfrutaban. La señora ni ha solicitado la evacuación, ni la Alcaldía ha hecho uso del artículo 5º de la Ley 2ª de 1991. Puede la Corte Constitucional ordenarla en una sentencia de tutela?. Perfectamente podría hacerlo para proteger la vida de los inquilinos, si existiera en el expediente prueba seria de que la zona está catalogada como de alto riesgo. Pero la prueba demuestra que la situación es grave, sin llegar aún a ser de alto riesgo. Y no puede la Corte Constitucional hacer la calificación sin prueba plena que lo sustente.

Ref: Expediente Nº T- 46.300

Actor: Oliva Borraiz Vda. de Ariza

Procedencia: Juzgado 26 Civil Municipal de Santafé de Bogotá.

Tema: Zonas de alto riesgo. Los desplazamientos de tierra y su incidencia en el campo jurídico

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá , D.C., primero (1) de febrero 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, profieren la Siguiente:

SENTENCIA:

En el proceso de tutela identificado con el número de radicación T-46.300, adelantado por Oliva Borraiz Vda. de Ariza contra el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. **Solicitud.**

Oliva Borraiz Vda. de Ariza instaura tutela contra la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, dice que está en peligro su vida y la de los moradores de un inquilinato ubicado en la calle 30C sur Nº 1-02 de Santafé de Bogotá, porque

se vino un alud de tierra sobre su casa y puede continuar la erosión. Solicita "solución a mi problema". La señora desea una "vivienda digna". Al parecer aspira que se retire la tierra que perturba su vivienda y que se levante un muro de contención.

De escritos adjuntados al expediente de tutela se puede colegir que la responsabilidad del Distrito Capital se derivaría del hecho de ser tal Entidad Territorial la presunta propietaria de un terreno colindante con la peticionaria y que amenaza en parte derrumbarse sobre la casa de inquilinato.

2. Pruebas practicadas por el Juez de Tutela

- Declaración del Secretario de Obras Públicas, doctor Edgar Alberto Urrea Pérez, quien se refiere a un informe del ingeniero de la División de Estudios quien a su vez habla de desprendimiento de un barranco, pero aclara el ingeniero que se trata de un predio que no corresponde al Distrito, y, por eso no puede intervenir la Secretaría de Obras Públicas en razón de que la inversión que se haría podría constituir peculado por destinarse fondos a obras de particulares. Recomienda evacuar las construcciones que corren riesgo de derrumbarse.

- Versión de la petente quien señala como causa inmediata del deslizamiento un temblor de tierra, aunque reconoce la existencia de erosiones del terreno desde cuando principió a construirse la casa hace 40 años.

- El Director de la División de estudios y diseños del Distrito Capital, Alvaro Enrique Velasco Cerón, conceptúa que la causa principal del desprendimiento de tierra se debió al "corte vertical, en parte negativo del talud, dejado por los urbanizadores, como se aprecia no tiene la Secretaría de Obras Públicas ninguna ingerencia y la solución sería construir una obra de defensa a la vivienda localizada en la parte superior, lo cual es competencia del propietario, ya que esta Secretaría no puede realizar inversiones en zonas privadas".

3. Sentencia del Juzgado 26 Civil Municipal. 22 de agosto de 1994.

No tuteló por cuanto considera que existen otros medios de defensa judicial, no existe un derecho fundamental a proteger, ni el Distrito debe responder porque se trata de conflicto entre propiedades particulares. Agrega que el derecho de propiedad no está dentro del Capitulo I del Título II de la Carta Política, luego, en opinión del Juzgado, no es derecho fundamental.

4. Pruebas practicadas y recibidas por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional.

Se consideró por esta Sala de Revisión que era necesario esclarecer la materialidad de los hechos descritos por la accionante y para tal efecto se practicó una inspección judicial, se recibieron testimonios y se solicitaron conceptos técnicos que ya fueron aportados.

a) En la inspección se constató que es un hecho notorio el deslizamiento de tierra y que el problema se ubica en el costado oriental de la casa, es decir en la colindancia con la zona pública (parque) aunque el desprendimiento también proviene de los cimientos de otra casa que da al parque. También se comprobó que en el inquilinato viven varias familias que incluyen una anciana y 17 menores de edad. Se vió que la tierra del derrumbe ya ha tapado ventanas, disminuido el uso de algunas piezas y amenaza ocasionar perjuicios aún más graves.

b) El ingeniero Velasco Cerón hizo estas precisiones, bajo juramento:

"La conformación natural del terreno, como se puede observar visualmente es de media ladera, estado en el cual la masa de suelo se encuentra en equilibrio estable, sin embargo en el proceso constructivo del inmueble objeto de la tutela sufrió alteraciones que pasaron la masa adyacente de equilibrio estable a equilibrio crítico, presentándose un proceso erosivo, el cual se ha acelerado por la acción de la escorrentía y la carga muerta de la construcción que está en la parte superior del talud, cabe anotar que los entes operativos del Distrito no han tenido ninguna acción en ese proceso inestable."

c) La oficina para la prevención de emergencias conceptúo:

"En días pasados tuvo lugar el deslizamiento de la cuña superior del talud colindante por el norte con una vivienda de dos pisos y cubierta, situada en la calle 30C sur Nº 1-02 en el barrio Bello Horizonte de la urbanización Las Colinas. Como resultado de este desprendimiento parte del material se acumuló contra la culata norte de la vivienda y parte del material se acumuló sobre el corredor oriental de la vivienda cubriendo parcialmente algunas ventanas y se desestabilizó el cimiento del muro de cerramiento del patio de una vivienda localizada ligeramente al oriente sobre el nivel superior del talud, con el consiguiente riesgo de que un nuevo movimiento pueda generar daños importantes a la vivienda objeto del presente proceso.

La vivienda de la calle 30C sur Nº 1-02 se encuentra desplantada a unos 7 metros aproximadamente de desnivel con respecto al plano de la vivienda superior, luego de reformar la situación del talud natural cuya pendiente es de aproximadamente 30 grados con la horizontal; la vivienda fue construída

directamente contra un corte vertical de unos 3 a 3.5 metros de altura - en un sitio conformado previamente para una cancha de tejo- dejando un talud no protegido de pendiente aproximada 2V: 1H contra el nivel superior donde se desarrolla el patio de la casa vecina. Por el oriente, la vivienda fue separada del talud natural mediante un corte vertical de altura variable no protegido, aislado por un corredor de escasos 1 o 1,5 metros de ancho aproximadamente.

Es evidente que en la implantación de esta vivienda no se consideró la evolución del riesgo sobre la inestabilidad de los taludes dejados sin protección por el constructor en su momento, situación que se mantuvo en niveles adecuados de seguridad por un lapso de tiempo importante, pero que en el actual momento se modificó drásticamente y dio origen al deslizamiento en análisis."

y concluye:

"Como puede verse de los términos del informe anterior, la situación desarrollada en la vivienda de la calle 30C sur Nº 1-102 fue originada por la construcción de la misma vivienda cuyos responsables no consideraron posibles modificaciones de la naturaleza de los materiales. La colaboración del personal técnico de la Secretaria de Obras del Distrito sería muy positiva, para garantizar una solución confiable hacia el futuro en beneficio no solamente de la vivienda afectada sino de las que se encuentran en la zona superior."

d) La solicitante Oliva de Ariza recalca que hay temor, son sus palabras: "los niños se la pasan en la calle por el susto de que se caiga la casa, al igual la viejita aunque se queda adentro pero le da miedo". Insiste en que la causa del derrumbe fue un temblor de tierra.

e) El Alcalde local de San Cristobal sindica como responsable de la erosión a los mismos vecinos por haber socavado años antes el talud para instalar una cancha de tejo.

La prueba mencionada demuestra que el desprendimiento de tierra se debió a causas extrañas (terremoto), imprudencia de los vecinos (construcción de cancha de tejo), irresponsabilidad de los urbanizadores, falta de prudencia en la construcción del inquilinato y de una vivienda adyacente.

Hay otro elemento de juicio: un concepto del DAMA que, además de referirse al lote particular adyacente al inquilinato como una de las causas para la erosión y a deformaciones del terreno, insiste en la humedad como causa importante del derrumbre de tierra y excluye cualquier responsabilidad del Distrito en el caso de estudio:

"Geológicamente todo el talud corresponde a un depósito de tipo coluvial compuesto de gravas y bloques de roca (areniscas, liditas) en con diámetros hasta de 1.5 mt, embebidas con una matriz de arcilla rijiza.

El material que se deslizó presenta actualmente un escarpe relativamente abrupto en la parte superior, seguido de una masa de suelo que fluyó hasta el nivel del andén inferior quedando con un ángulo de reposo más suave.

El movimiento del terreno dejó sin soporte una parte de la viga de cimentación del cerramiento y en este momento la viga está soportada sobre troncos de madera apoyadas en el terreno.

El material deslizado presenta evidentes signos de humedecimiento en la matriz arcillosa, tales como estado muy plástico de la arcilla, resistencia muy baja de la misma y color oscuro característico de suelos humedecidos."

Y, concluye el informe del DAMA:

"El deslizamiento en cuestión pone en peligro la vida de seres humanos, de tal forma que se requiere tener suficientes garantías sobre el buen funcionamiento de las medidas correctivas que se adopten; en la estabilización de deslizamiento es muy frecuente acudir a varias medidas preventivas diferentes, complementarias entre sí, con el fin de tener un buen márgen de seguridad sobre el éxito del tratamiento de estabilización.

Por esta razón es recomendable también la construcción de un muro de contención que aportará el margen de seguridad que se requiere para las viviendas involucradas.

El diseño de este muro de contención debe tener en cuenta los siguientes factores:

a) Determinación del origen del agua para planear adecuadamente sistemas de drenaje.

b) Factores relacionados con las cargas de diseño tales como posible expansividad, altos empujes en material arcillos, o empujes de agua y creep a largo plazo.

c) Estudio de suelos con muestreo y laboratorio.

RESPONSABILIDAD DE LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS Y ENTIDADES DEL DISTRITO

La Secretaría de obras Públicas del Distrito y otras entidades no han llevado a cabo últimamente ningún tipo de obras, construcciones ni operaciones

constructivas en el sector de la zona inestable, por lo cual la Secretaría de Obras Públicas del Distrito y demás entidades ***no tienen absolutamente ninguna responsabilidad en la ocurrencia del deslizamiento.***

Hasta donde se tiene información en este momento, todas las modificaciones que se han llevado acabo en la conformación original de los terrenos han correspondido a las actividades de construcción de viviendas y otras actividades de habitantes del barrio.

La determinación precisa de responsabilidades de personas particulares requiere de todas formas de estudios más precisos detallados, incluyendo estudio de suelos completo con muestreo, laboratorio y cálculos.

ACCIONES INMEDIATAS

Dado que estamos aún en época de lluvias y el deslizamiento está todavía activo, deben tomarse las siguientes medidas preventivas en forma inmediata:

a) Mantener toda la masa de suelo deslizada en su posición actual, de tal forma que no se debe realizar por el momento absolutamente ninguna excavación ni remoción del material derrumbado.

b) Apisonar superficialmente todo el material del derrumbe, para formar una capa superior densa que reduzca la infiltración de lluvia.

c) Luego de apisonar, cubrir toda el área del deslizamiento con un plástico grueso para proteger contra lluvia."

Aunque el tema de la responsabilidad es importante para dilucidar si la violación o la amenaza proviene de la entidad o la persona contra quien se dirige la tutela, lo principal es estudiar si hay derechos constitucionales fundamentales por proteger. Y como la prueba aportada inducía el peligro que pueden correr los habitantes del inquilinato, entre ellos una anciana y numerosos niños, se determinó por esta Sala de Revisión averiguar si la zona se cataloga como de alto riesgo.

Solicitado concepto oficial, la respuesta de las autoridades se limitó a reproducir el concepto técnico de la oficina para la prevención de emergencias ya señalado en esta sentencia.

De esta actitud se deduce que se considera a la situación como grave, pero hoy no es catalogable como de alto riesgo, aunque podría llegar a serlo.

Mas clara es la información de la Ingeniera Claudia Patricia Contreras, Interventora F.D.L.S.C. quien dice: "Cabe anotar que en el momento en que se

empiece a estabilizar el talud la parte posterior de la vivienda estará en alto riesgo".

Con base en estos elementos de juicio es necesario analizar tanto lo referente a la vivienda digna como lo relativo a las medidas a tomar para prevenir amenazas a la vida e integridad personal de quienes habitan el inquilinato.

II FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. **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 3º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

2. **Temas Jurídicos a tratar:**

- Vivienda digna: Cuándo puede ser derecho fundamental

- Zonas de alto riesgo: El desplazamiento de tierra y su incidencia en el campo jurídico.

A. VIVIENDA DIGNA:

El artículo 51 de la Carta Política dice:

"Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda".

El derecho a la vivienda digna en abstracto no haría parte de los derechos fundamentales, pero en algunas circunstancias lo sería si está en conexidad con otros derechos fundamentales. Esta Corte ha expresado cuál es su criterio para saber si ha ocurrido o no la violación a un derecho fundamental:

" El Juez de Tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un dere-

cho fundamental, lo que podría denominarse una "especial labor de búsqueda", científica y razonada por parte del Juez.

El Juez está frente a lo que la doctrina denomina un " concepto jurídico indeterminado": los derechos constitucionales fundamentales, que pueden ser o no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera o de otra, pero siempre su sentido se define bajo las circunstancia de tiempo, modo y lugar.

Para el profesor García de Enterría, introductor de la noción "concepto jurídico indeterminado", la "valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una realidad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así".[1]

Esta indeterminación sin embargo, no le permite al juez actuar total y absolutamente libre. La interpretación del caso particular se mueve dentro de parámetros establecidos por la propia Constitución.

El juez debe buscar, como lo dice el artículo 2º del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza del derecho fundamental que permita su tutela. Es entonces en la naturaleza, en el estudio de su esencia, en donde el Juez descubre si está frente a un derecho fundamental.

La labor que realiza el Juez de Tutela es de verificación; él no crea el derecho fundamental, lo desentraña y verifica. Esta "teoría de la verificación" también es desarrollada por Dworkin sobre la figura del Juez modelo, capaz de encontrar racionalmente la solución justa. "El Juez no tiene una función creadora, sino garantizadora de los derechos".[2]

De conformidad con los criterios expuestos se concluye que obra gran importancia la labor de interpretación del Juez, al asumir un serio compromiso impuesto por la filosofía que orienta la nueva Constitución, pues solamente mediante el análisis crítico y razonable se pueden encontrar los parámetros justos en la comparación entre los hechos expuestos y la norma constitucional".[3]

---

1. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Cuadernos de Civitas. Tercera edición. Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1983, págs. 31 y 3.

2. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo I. El ordenamiento jurídico. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 94.

3. Sentencia T-002 de 1992, Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Y, respecto a la VIVIENDA DIGNA, para analizar si en determinadas circunstancias se puede catalogar como derecho fundamental, la Corte ha dicho:

"La dignidad comprende varias dimensiones de la vida del hombre. Básicamente ella implica un conjunto de condiciones materiales y espirituales de existencia que permita vivir y vivir con cierta calidad, con el fin de permitir un espacio idóneo para el libre desarrollo de la personalidad, al tenor del artículo 14 de la Carta. Entre las condiciones materiales de existencia digna se encuentra sin duda la vivienda. Otros elementos como la alimentación, la salud y la formación son también indispensables. Pero en este negocio importa poner de manifiesto el carácter vital que tiene para la dignidad el gozar de una vivienda. De hecho la humanidad se ha relacionado históricamente con la vivienda en forma paralela al desarrollo de la civilización. De los nómadas a las cavernas, de los bohíos a las casas, de las casas a los edificios, toda la evolución del hombre se traduce en su forma de vivienda"[4].

Pero, para que prospere una tutela como protección al derecho a vivienda digna es indispensable estudiar con mucha atención cada caso particular. Ha resaltado la Corporación:

"el derecho a una vivienda digna no otorga a la persona un derecho subjetivo a exigir del Estado, de manera directa, una prestación determinada. Los derechos constitucionales de desarrollo progresivo o derechos programáticos, condicionan su efectividad a la previa obtención de las condiciones materiales que los hacen posibles.

Por esto es acertado afirmar que, en principio, los derechos de segunda generación no son susceptibles de protección inmediata por vía de tutela. Situación diferente se plantea una vez las condiciones jurídico-materiales se encuentran de manera que la persona ha entrado a gozar de un derecho de esta categoría. En dado caso, el derecho constitucional materializado adquiere fuerza normativa directa y a su contenido esencial deberá extenderse la necesaria protección constitucional."[5]

En Conclusión, la efectividad de la tutela respecto a la petición de una persona para que su vivienda sea digna dependerá de las condiciones jurídico-materiales del caso concreto.

Esa relación HOMBRE-MATERIA plantea perspectivas jurídicas muy interesantes cuando, como en el presente caso, el movimiento de la materia NO VIVA afecta unos intereses particulares.

---

4. Sentencia Nº C-575 de 29 de octubre de 1992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

5. Sentencia Nº T-308, de 4 de agosto de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

B. CASO CONCRETO QUE MOTIVA ESTA ACCION DE TUTELA Y CONSECUENCIAS JURIDICAS GENERADAS POR LOS DESPLAZAMIENTOS DE TIERRA.

Puede suceder la contingencia de que la casa de inquilinato de propiedad de Oliva de Ariza corra el riesgo grave de derrumbarse por presión de tierra erosionada. Ya existe un daño parcial consistente en que desprendimientos de tierra han taponado ventanas, afectado habitaciones del inmueble y agrietado algunas paredes.

El movimiento de la materia no viva hacia la hondonada donde se ubica la mencionada habitación se ha debido a factores susceptibles de superación: se cometieron equivocaciones por parte del urbanizador (corte vertical en parte negativo del talud), por parte de la propietaria (emplear técnica no adecuada para la construcción) por parte de los vecinos (edificar en parte alta sin piso firme), por parte de la comunidad (socavar el terreno para construir una cancha de tejo) y a un factor insuperable: TEMBLORES DE TIERRA. Como se aprecia, no hay el menor indicio de que el Distrito hubiera cometido un hecho antijurídico. El artículo 90 de la Constitución dice que "El Estado responderá patrimonialmente por los daños anti-jurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de la autoridades públicas".

Ante esta situación no se ve que haya responsabilidad de parte de la Entidad territorial contra quien se dirige la tutela, sin embargo, la accionante pide al Distrito que "le solucione el problema".

Aunque no es explícita la meta que se propone la petente, si es fácilmente deducible lo que sería ideal para ella: que se le mantenga su casa como propiedad y como medio de subsistencia ya que con el producido del inquilinato sobrevive Oliva de Ariza.

Y cree, de buena fe por supuesto, que como parte de la erosión proviene de un parque, es el Distrito Capital quien debe pagar los gastos que demande la seguridad de su casa y la continuidad de su medio de supervivencia económica.

Pero, no le asiste razón a la petente porque el Distrito no es responsable y la teoría de la antijurícidad del artículo 90 se edifica sobre trato desigual. Y, en verdad, el riesgo proveniente de un temblor de tierra es igual para todos, luego no se puede invocar tampoco la teoría de la lesión, aquella según la cual una persona no está obligada a soportar un riesgo superior al que deban soportar todas las personas por el hecho de vivir en sociedad. Pero, el análisis no puede limitarse en esta sentencia al tema de la responsabilidad.

Ocurre que la propiedad y fuente de ingresos son para doña Oliva más importantes que un valor fundamental: el de la vida de las personas que habi-

tan el inquilinato. Para la dueña del inmueble, su propia existencia la hace derivar del producido del inquilinato y la existencia de los inquilinos la limita a esta vivencia: el miedo ante la catástrofe.

Para el Juzgador, la representación mental de Oliva de Ariza no puede estar desligada de dos polos: el de la naturaleza y el del prójimo (los derechos del otro) y hay que ver los efectos jurídicos de estos dos factores, máxime cuando son frecuentes los temblores de tierra en Colombia y principia a formar parte de nuestra cultura la participación ciudadana para mitigar los efectos de las catástrofes.

Respecto a la naturaleza la pregunta es: fenómenos como los terremotos qué efectos jurídicos producen en la relación Estado - particulares?.

Con un criterio de reducción de la ciencia jurídica a los conceptos físicos se podría decir que esta clase de movimientos mecánicos que ocasionan transformaciones en la corteza terrestre, difícilmente generarían consecuencias jurídicas. Por eso, dentro de nuestra normatividad civil se exonera la indemnización de perjuicios cuando ocurre la denominada fuerza mayor o caso fortuito (art. 1616 C.C.) y se ha llegado a definir estos fenómenos en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 así:

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

Pero no se pueden hacer afirmaciones negativas absolutas: aún en el derecho romano, que consagró el VIS MAYOR (fuerza mayor) podía subsistir la responsabilidad civil si por convenio se modificaba el principio general de imposibilidad de cumplir las obligaciones cuando ocurría caso fortuito o fuerza mayor.

Por supuesto que debe aclararse que la responsabilidad estatal tiene fundamento autónomo en el artículo 90 de la C.P., aunque se puede acudir al Código Civil como criterio auxiliar.

Y, en el campo constitucional hay que admitir la interacción entre la naturaleza y la sociedad. La naturaleza sería jurídicamente nada sin el hombre social. Está llamado a recoger el postulado neopositivista, según el cual los conceptos de las ciencias sociales (entre ellas el derecho) dependerían de los conceptos psicológicos, biológicos o físicos[6]. Hoy en día el movimiento de la materia no se agota en la investigación científica mecánica sino que se complementa con la investigación científica de la sociedad y, entonces, el

---

6. CARNAP desarrolló la idea de la ciencia unificada, que en su esencia sería una ciencia física que niega la independencia de las otras partes de la ciencia.

movimiento de la materia tiene importancia cuando afecta relaciones económicas, técnicas, políticas, morales, ideológicas, científicas, artísticas, cosmovisuales y en estas situaciones hay que analizar algo más: el derecho del otro, es decir, el comportamiento que deben asumir el Estado y los particulares ante las emergencias que perjudiquen o amenacen al prójimo.

Ante un hecho, como sería por ejemplo un temblor de tierra (movimiento de la materia no viva) el tema jurídico de la responsabilidad pierde perspectiva, máxime si no ocurre el daño antijurídico (art. 90 C.P.) y surge con fuerza uno los principios básicos del Estado Social de Derecho: LA SOLIDARIDAD. No se puede dejar sola a la persona afectada ya que en este evento lo social es lo dominante y se deben emplear los mecanismos posibles para superar la emergencia y evitar otros daños graves.

En el presente caso es obvio que el Distrito Capital no es responsable de que la construcción de Oliva de Ariza se tomara inestable, pero eso no exonera, ni a la comunidad ni al Distrito, del deber de "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas" (art. 95 C.P.), con el criterio de que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado , y de los particulares" (art. 2° C.P.); y con la solidaridad que deben tener las personas que integran a Colombia (art.1° de la Carta).

Para el ejercicio de la solidaridad se requiere voluntad política y compromiso humanitario.

Esta Sala de Revisión ya ha fijado su criterio sobre los deberes del Distrito, sin necesidad de que para ello se acuda ante la justicia.

En sentencia T-500 de 4 de noviembre de 1994, se dijo:

"No deben entonces las autoridades administrativas esperar que los ciudadanos instauren acciones judiciales administrativas para poner en mancha las medidas que hagan efectivo los derechos de las personas; la eficacia de la función administrativa es un claro mandato constitucional (art. 209 C.P.)...por lo cual deben las autoridades administrativas actuar eficientemente para mejorar el nivel de vida de la población y remover aquellos obstáculos que impiden al ciudadano el goce de sus derechos".

En el expediente que contiene la tutela de Oliva de Ariza hay opiniones de ingenieros que sugieren desde la construcción de un muro de contención hasta el cubrimiento de la tierra con plásticos para evitar filtraciones. Es

insólito que la afectada no haya hecho nada esperando que el Distrito "le solucione el problema", con este comportamiento de la actora (descargar en el Estado toda la solución de lo que ocurre por culpa de otros), se podría llegar al absurdo de que la desidia o equivocaciones de urbanizadores y constructores tendrían que ser solucionados por los Municipios y esto sería premiar la imprudencia cuando no la mala fé o la violación de los reglamentos. Y es de resaltar que la petente no ha pedido que la zona se declare como de alto riesgo para que se inicie el proceso administrativo de expropiación. Como esto no ha sido materia de esta tutela es evidente que no se dan los presupuestos para que ella prospere.

Es de sentido común que no todos los problemas tienen respuestas en la acción de tutela. La tutela es viable cuando la autoridad pública, o en ciertos casos los particulares, vulneran o amenazan un derecho fundamental. Podría pensarse que en circunstancias muy especiales algunos hechos de la naturaleza serían coadyuvantes o causa mediata del amparo, como por ejemplo si la autoridad retarda una declaratoria de alto riesgo, la expropiación y la reubicación, pero si ésto no es lo que se pide en la tutela, mal puede el juzgador ordenarlo, cuando la interesada espera es la reparación del daño locativo.

Sin embargo, el análisis de esta Sala de Revisión no puede limitarse al propósito de la accionante. Hay que decir lo siguiente:

Es deber del Estado adquirir el inmueble que está dentro del alto riesgo como solución inmediata al riesgo que corre la sociedad y especialmente el particular que lo habita y como solución preventiva para que no vaya a ser habitado por otras personas; puede acudirse a lo expropiación y ello significa que el bién expropiado se incorpora al espacio público y que el antiguo propietario puede comprar otro inmueble que supla el que tenía, así se cumple el principio político del artículo 51 de la Constitución. La autoridad debe actuar con prudencia porque están en juego el derecho de propiedad, el derecho a la vivienda digna y el derecho a la vida.

En realidad, una de las formas posibles para defender la vida y la integridad de las personas que habitan en la casa de Oliva de Ariza es aplicando el artículo 10 de la Ley 9 de 1989:

"Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles urbanos y suburbanos para destinarlos a los siguientes fines:

"m-) Reubicación de asentamientos urbanos ubicados en sectores de alto riesgo y rehabilitación de inquilinatos"

Hay un procedimiento que contiene las respuestas a casos semejantes al planteado en esta tutela, es el establecido en el artículo 5º de la Ley 2ª de 1991 que expresamente establece:

"A partir de la vigencia de la presente ley, los alcaldes y el intendente de San Andrés y Providencia levantarán y mantendrán actualizado un inventario de las zonas que presenten altos riesgos para la localización de asentamientos humanos por ser indudables o sujetas a derrumbes o deslizamientos, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda. Esta función se adelantará con la asistencia y aprobación de las oficinas locales de planeación o en su defecto con la de la correspondiente oficina de planeación departamental, comisarial o intendencial, los alcaldes y el intendente de San Andrés y Providencia con la colaboración de las entidades a que se refiere el Decreto 919 de 1989, adelantarán programas de reubicación de los habitantes o procederán a desarrollar las operaciones necesarias para eliminar el riesgo en los asentimientos localizados en dichas zonas. Mientras subsistan asentamientos humanos en las zonas de alto riesgo los inmuebles a los cuales se declare extinción de dominio en aplicación del literal a) del artículo 80 o declarados de utilidad pública, o interés social en desarrollo de los literales b) y d) del artículo 10, sólo podrán destinarse a la reubicación de los habitantes que a la vigencia de la presente ley se encuentren localizados en zonas de alto riesgo. Los funcionarios públicos responsables que no den cumplimiento a lo dispuesto en este inciso incurrirán en causal de mala conducta. Cualquier ciudadano podrá presentar al alcalde o intendente la iniciativa de incluir en el inventario una zona o asentimiento determinado. (1932, 2192).

Se podrán adquirir los inmuebles y mejoras de las personas a ser reubicadas, mediante enajenación voluntaria directa o mediante expropiación, en los términos de la presente ley. Cuando se trate de la enajenación voluntaria directa, se podrá prescindir de las inscripciones en el folio de matrícula inmobiliaria de que trata el artículo 13 de esta ley. Los inmuebles y mejoras así adquiridos podrán ser recibidos en pago de los inmuebles donde fueren reubicados los habitantes. Adquiridos el inmueble, pasará a ser un bien de uso público bajo la administración de la entidad que lo adquirió.

Si los habitantes de inmuebles ubicados en sitios de alto riesgo rehúsan abandonar el sitio, corresponderá al alcalde o al intendente de San Andrés y Providencia ordenar la desocupación con el concurso de las autoridades de policía, y la demolición de las edificaciones afectadas. Esta orden se considerará, para todos los efectos, como una orden policiva en los términos del Código Nacional de Policía.

Las multas de que trata el numeral 9 del artículo 2º del Decreto-Ley 78 de 1987 ingresarán al tesoro de la entidad que las hubiere impuesto y se destinarán para financiar los programas de reubicación de los habitantes en zonas de alto riesgo.

Las autoridades que incumplieren la obligaciones que se les impone en el presente artículo, incurrirán en el delito de prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del Código Penal, sin que respecto de ellos proceda el beneficio de excarcelación.

Como se aprecia el artículo es terminante y desarrolla la Ley 9ª de 1989 y le da respaldo al Acuerdo 6 de 1990 del Concejo de Bogotá.

Estas normas adquieren relevancia en la nueva Constitución porque el artículo 51 de la Carta establece como política a seguir: que el Estado fije las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la vivienda digna. Es justo que si una zona es de alto riesgo, se proceda a la evacuación de las personas para proteger su vida y además será obligación del Estado efectuar los actos administrativos indispensables para que los afectados encuentren otro lugar donde vivir en condiciones parecidas a las que antes disfrutaban.

Pero la señora ni ha solicitado la evacuación, ni la Alcaldía ha hecho uso del artículo 5º de la Ley 2ª de 1991. Puede la Corte Constitucional ordenarla en una sentencia de tutela?.

Perfectamente podría hacerlo para proteger la vida de los inquilinos, si existiera en el expediente prueba seria de que la zona está catalogada como de alto riesgo. Pero, según ya se anotó en esta sentencia, la prueba demuestra que la situación es grave, sin llegar aún a ser de alto riesgo. Y no puede la Corte Constitucional hacer la calificación sin prueba plena que lo sustente.

3.- DECISIONES A TOMAR

En la presente acción no puede prosperar la tutela en los términos como está planteada y en tal sentido se confirmará la sentencia materia de revisión. Pero no por los razonamientos hechos por el Juzgado 26 Civil Municipal.

Aunque el amparo no prospere, las consideraciones que la Sala de Revisión ha hecho respecto a la posibilidad de evacuar, expropiar y colaborar en la emergencia, deberán ser apreciadas por el Distrito Capital en su justa dimensión.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia del Juzgado 26 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, proferida el veintidos (22) de agosto del mil novecientos.

noventa y cuatro (1994) en la acción de tutela de la referencia; teniéndose en cuenta los razonamientos hechos en la parte motiva de esta sentencia de Revisión.

Segundo: ORDENAR que por la secretaría General de esta Corporación se comunique esta providencia al Juzgado 26 Civil Municipal de esta ciudad para las notificaciones y efectos previstos en los artículos 36 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: Envíese copia de esta sentencia al Defensor del Pueblo, al DAMA y a la Oficina para la prevención de emergencias del Distrito Capital.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese 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-022
de febrero 01 de 1995

ACCION DE TUTELA - Subsidiariedad

No cabe en principio la acción de tutela si hay a disposición del interesado otro medio de defensa judicial siempre que éste resulte apto para la garantía cierta del derecho fundamental, es decir que no sea puramente teórico, y que su objeto sea específicamente la protección del mismo, lo cual significa que los fines que se persiguirían con la tutela puedan alcanzarse por conducto del mecanismo judicial alternativo. Si el juez ante el cual se instaura la acción de tutela encuentra configuradas esas condiciones -que se desprenden especialmente de los artículos 1°, 5°, 86 y 228 de la Constitución Política- debe negarla, a menos que establezca de manera fehaciente la inminencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual podrá otorgarla transitoriamente mientras se adopta la resolución judicial de fondo.

ACTO ADMINISTRATIVO / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La acción instaurada en el caso materia de examen era improcedente, ya que en relación con los mismos hechos y precisamente por el posible desconocimiento del debido proceso, la peticionaria acudió a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para pedir la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó la sustitución pensional. Llegó inclusive a demandar la suspensión provisional de dichos actos administrativos y le fue negada.

SUSTITUCION PENSIONAL - Improcedencia por no cohabitar

Se presume que la peticionaria, al solicitar que se le reconocieran los derechos que pudiera tener en calidad de cónyuge del Oficial fallecido, conocía la existencia de dicha norma y, por tanto, sabía que uno de los factores deter-

minantes para obtener la pensión sustitutiva tenía que ver con el tema que precisamente investigó la Caja.

DERECHO DE PETICION - Término para resolver

El sentido del artículo 6º del C.C.A. radica en asegurar que el particular que ha acudido a la administración, si ésta todavía no puede darle una respuesta de fondo acerca de lo pedido, obtenga noticia sobre el trámite que sigue su petición y sepa el momento en que se le resolverá, con lo cual se compromete la autoridad respectiva. La norma no exige que en la comunicación se repita al particular de manera exhaustiva cuáles son los pasos que se llevan a cabo en torno a su solicitud.

SUSPENSION DE ACTO ADMINISTRATIVO POR TUTELA - Improcedencia

No entiende la Corte la razón por la cual el Tribunal, habiendo negado él mismo la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, dentro de las reglas propias del proceso contencioso que allí se adelanta, resolvió suspenderlos en sede de tutela. Con ello extendió el alcance de la acción más allá del ámbito que le corresponde pues hizo que fuera apto como recurso adicional o suplementario de los legalmente instituídos, lo que no se compadece con su sentido constitucional.

DEMANDA DE TUTELA - Improcedencia de rechazo in limine

De conformidad con la ley y la jurisprudencia, lo pertinente no era el rechazo "in limine" de la demanda sino el estudio de fondo de las pretensiones y la decisión, en este caso, de negar la protección solicitada. Recuérdese que no solamente se estima improcedente la acción incoada en esta oportunidad por existir otro medio de defensa judicial en cuanto a algunos derechos, sino que, materialmente analizados otros de los que se alegaban desconocidos, se ha encontrado que no lo eran, lo que necesariamente exigió el análisis sustancial del asunto, al que ha procedido la Corte.

-Sala Quinta de Revisión-

Ref.: Expediente T-45979

Acción de tutela instaurada por RUBBY ESCRUCERIA VIUDA DE VEGA URIBE contra la CAJA DE RETIRO DE LAS F.F.M.M.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta del primero (1º) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Se revisan los fallos proferidos en el asunto de la referencia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Por conducto de apoderado, Rubby Escruceria Viuda de Vega Uribe ejerció acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por estimar que dicha entidad vulneraba sus derechos fundamentales.

En la demanda se expusieron los siguientes hechos:

1. El General Miguel Vega Uribe falleció el 23 de septiembre de 1993, en goce de asignación de retiro a cargo de la citada Caja, cuyo director expidió las resoluciones 1791 del 12 de noviembre de 1993 y 055 del 20 de enero de 1994, mediante las cuales negó la sustitución pensional solicitada por la demandante.

Para el efecto, la Caja, de manera oficiosa adelantó una investigación que buscaba acreditar si la solicitante estaba separada de hecho de su esposo al momento de fallecer éste.

2. Dentro de la investigación se tomaron los testimonios de varias personas, entre ellos los guardaespaldas del causante, respecto a los acontecimientos que permitieran establecer si los esposos hacían vida en común. Con ello -en el sentir de la demandante- se vulneró su derecho a la intimidad.

3. La interesada no intervino en ninguna de las diligencias llevadas a cabo y, además, se allegó al expediente, de manera oficiosa, el material probatorio sobre la supuesta "separación de techos", que no de cuerpos, entre la actora y el militar desaparecido, con todo lo cual -alega aquélla- fue desconocido su derecho al debido proceso.

4. Las resoluciones mencionadas fueron demandadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que admitió la demanda pero negó la suspensión provisional.

5. La demandante tiene 59 años de edad y es madre de tres hijas.

Como derechos vulnerados fueron señalados los previstos en los artículos 2, 11, 29, 42, 44, 46, 48 y 53 de la Constitución Política.

La tutela se solicitó como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues en la demanda se expresa que el objetivo de la acción consiste en alcanzar protección para los derechos de la accionante, sabién-

dose que el proceso iniciado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no tiene resultado inmediato. El daño irreparable en este caso -dice la demanda- es la carencia de medios de subsistencia, que pone en peligro el derecho a la vida de la accionante.

II. DECISIONES JUDICIALES

Mediante Sentencia del 3 de agosto de 1994, la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió tutelar los derechos de petición, debido proceso, intimidad y seguridad social de RUBBY ESCRUCERIA, para cuyo efecto suspendió los efectos jurídicos de las resoluciones por las cuales la Caja de Retiro de las F.F.M.M. negó la sustitución pensional, durante el trámite del proceso Contencioso Administrativo, "quedando la accionante en posibilidad de iniciar nuevamente actuación administrativa con plena garantía de sus derechos fundamentales". Se negó la protección judicial en cuanto a los demás derechos invocados.

Según el Tribunal, la administración manifestó a la accionante que se tomaría algún tiempo para pronunciarse sobre la sustitución pensional debido al tiempo que requería el estudio de los documentos sobre la materia, sin informarle sobre las verdaderas razones de la demora. Esta -expresó- se debió en realidad a que el Director de la Caja había iniciado de manera subrepticia una investigación para establecer la situación familiar de los cónyuges en la época inmediatamente anterior al deceso del General Vega. Por ello dirigió numerosas cartas a los amigos de la pareja, pidiéndoles informaciones confidenciales al respecto e interrogó a la administradora del edificio en donde habitaba el causante, a los escoltas y al chofer, sin que en toda la actuación pudiera intervenir la interesada. En todo esto se fundó la Caja para dar por comprobada la separación de los cónyuges y negar la pensión sustitutiva.

Al analizar la situación reseñada a la luz de las garantías constitucionales, la Corporación dedujo que habían sido vulnerados los derechos fundamentales ya mencionados.

Impugnada la providencia por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Fallo del 19 de agosto de 1994, decidió revocarla.

Consideró la Sección que, cuando se utiliza la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, indefectiblemente debe hacerse uso del medio de defensa judicial que la ley ha previsto para dirimir las controversias dado que aquélla no es sustitutiva de éste. Ello puede hacerse antes de instaurar la acción o conjuntamente con ella.

El último evento -dijo el Consejo de Estado- supone que no haya habido pronunciamiento judicial alguno en torno a las pretensiones del actor, pues de lo contrario no sería viable la acción de tutela, dado que el mecanismo transitorio precisamente busca proteger unos derechos mientras la autoridad judicial competente adopta una decisión.

En el evento sub lite -manifiesta- habiendo acudido la actora a la vía de lo Contencioso Administrativo, le fue negada la suspensión provisional de los actos demandados, que son los mismos respecto de los cuales aduce la violación de derechos fundamentales, para que a través de la tutela se suspendan los efectos que no fueron suspendidos antes.

Esta circunstancia -concluye la Sentencia- descarta el carácter transitorio del mecanismo de tutela y evidencia la naturaleza alternativa del expresado medio de defensa judicial, por lo cual resulta improcedente la acción de tutela instaurada.

Además -agrega- de aceptarse su viabilidad se estaría permitiendo en el fondo que a través de la acción de tutela se dejen sin efecto providencias judiciales cuyo contenido no ha sido controvertido.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional goza de competencia para revisar los fallos mencionados, según lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y según las reglas del Decreto 2591 de 1991.

Este examen se efectúa en cuanto el caso fue escogido según dichos preceptos y repartido a la Sala Quinta de Revisión.

La acción de tutela frente a otros medios de defensa judicial. La competencia radicada para resolver el mismo punto que se busca dilucidar mediante la tutela. Exclusión de la pluralidad de competencias

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada en el sentido de que la acción de tutela presenta, como una de sus características primordiales, la de subsidiariedad, derivada de los perentorios términos del artículo 86 de la Carta. Ella consiste en que, salvo el caso de un perjuicio irremediable que se haga preciso contrarrestar mediante una tutela transitoria, no puede demandarse esta especial forma de protección judicial cuando, dentro del sistema jurídico, han sido previstos otros medios de defensa cuya utilización ante los jueces tenga por objeto el mismo asunto.

Como se subrayó en la Sentencia T-001 del 3 de abril de 1992, "...la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce".

En el enunciado principio insistió la Sala Plena de la Corte al proferir la Sentencia C-543 del 1° de octubre de 1992, en la cual, trazando los límites de la acción de tutela, sostuvo:

"...tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...".

(...)

"Así, pues, la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria.

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales".

(...)

"Vistas así las cosas, en nuestro sistema pugna con el concepto mismo de esta acción la idea de aplicarla a procesos en trámite o terminados, ya que unos y otros llevan implícitos mecanismos pensados cabalmente para la

guarda de los derechos, es decir, constituyen por definición "otros medios de defensa judicial" que, a la luz del artículo 86 de la Constitución, excluyen por regla general la acción de tutela".

(...)

"En ese orden de ideas, la acción de tutela no puede asumirse como un sistema de justicia paralelo al que ha consagrado el ordenamiento jurídico en vigor. El entendimiento y la aplicación del artículo 86 de la Constitución tan solo resultan coherentes y ajustados a los fines que le son propios si se los armoniza con el sistema. De allí que no sea comprensible como medio judicial capaz de sustituir los procedimientos y las competencias ordinarias o especiales, pues ello llevaría a un caos no querido por el Constituyente".

La Corte ha advertido, sin embargo, que el medio judicial cuya existencia desplaza a la acción de tutela debe ser adecuado a la protección real del derecho fundamental objeto de violación y amenaza.

Así se delineó el concepto de idoneidad en la Sentencia T-003 del 11 de mayo de 1992:

"Considera esta Corporación que, cuando el inciso 3o. del artículo 86 de la Carta Política se refiere a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial ..." como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aún lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía".

Igualmente, la Corte ha subrayado que "la existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela, debe apreciarse **en relación con el derecho fundamental de que se trata,** no respecto de otros".

"Esto significa -ha sostenido la jurisprudencia- que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado. En consecuencia, si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para

la protección de aquél se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces".(Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-441 del 12 de octubre de 1993).

Las precedentes consideraciones, que se ratifican en esta oportunidad, en nada menoscaban y más bien precisan el alcance del concepto de subsidiariedad, dejando en claro que no cabe en principio la acción de tutela si hay a disposición del interesado otro medio de defensa judicial siempre que éste resulte apto para la garantía cierta del derecho fundamental, es decir que no sea puramente teórico, y que su objeto sea específicamente la protección del mismo, lo cual significa que los fines que se persiguirían con la tutela puedan alcanzarse por conducto del mecanismo judicial alternativo.

Si el juez ante el cual se instaura la acción de tutela encuentra configuradas esas condiciones -que se desprenden especialmente de los artículos 1°, 5°, 86 y 228 de la Constitución Política- debe negarla, a menos que establezca de manera fehaciente la inminencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual podrá otorgarla transitoriamente mientras se adopta la resolución judicial de fondo.

Ahora bien, la existencia de otro medio judicial y la consiguiente improcedencia de la acción como mecanismo definitivo resultan evidentes cuando el interesado ha acudido a otra vía judicial y espera que se le resuelva en relación con el mismo objeto de controversia que busca dilucidar mediante la solicitud de tutela. En tales eventos, la competencia ya se ha radicado en un determinado juez o tribunal y, por tanto, en guarda de la autonomía funcional consagrada en el artículo 28 de la Carta y de conformidad con las reglas propias de cada juicio, esenciales dentro de la idea de un debido proceso (Artículo 29 C.P.), no puede ser despojado de ella. Tampoco resultaría admisible que en relación con idéntico asunto cupieran dos decisiones, que inclusive podrían resultar contradictorias.

En vista de todo lo anterior, juzga la Corte que la acción instaurada en el caso materia de examen era improcedente, ya que en relación con los mismos hechos y precisamente por el posible desconocimiento del debido proceso -también alegado en sede de tutela-, la peticionaria acudió a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para pedir la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó la sustitución pensional. Llegó inclusive a demandar la suspensión provisional de dichos actos administrativos y le fue negada.

Según los documentos examinados en el curso del proceso, la solicitante no afronta la posibilidad de un perjuicio irremediable para ninguno de sus derechos fundamentales, pues no logró demostrar la inminencia de una situación grave que pudiera requerir decisión judicial inmediata. Es claro, por

otra parte, que goza de rentas distintas a la pensión que reclama, pues recibe, por ejemplo, el canon de arrendamiento de un inmueble ubicado en esta ciudad, según certificación que obra en el expediente.

El derecho a la intimidad de la accionante y el de su familia, que podría tutelarse en aplicación directa del artículo 15 de la Constitución pese a existir un proceso Contencioso Administrativo en el que nada se debate a ese respecto, no ha sido objeto de violación o amenaza proveniente de acciones u omisiones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En efecto, las averiguaciones adelantadas por dicha entidad acerca de si la cónyuge sobreviviente hacía vida en común con el General Vega Uribe en el momento de su deceso se llevaron a cabo con el único propósito de verificar si en el caso concreto se cumplía el requisito señalado en el artículo 195, parágrafo, del Decreto 1211 de 1990.

Se presume que la peticionaria, al solicitar que se le reconocieran los derechos que pudiera tener en calidad de cónyuge del Oficial fallecido, conocía la existencia de dicha norma y, por tanto, sabía que uno de los factores determinantes para obtener la pensión sustitutiva tenía que ver con el tema que precisamente investigó la Caja.

En lo concemiente al derecho de petición de la accionante, la Corte encuentra que no fue vulnerado, pues respecto de la solicitud presentada el 28 de septiembre y recibida por la Caja el 1º de octubre de 1993, la entidad remitió a la peticionaria un oficio fechado el 12 de octubre del mismo año, en el cual, aplicando lo previsto en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo, le informó que todavía estudiaba la documentación allegada para pedir la pensión sustitutiva y que acerca de ésta se resolvería el 12 de noviembre, como en efecto se hizo por medio de Resolución 1791.

Esta Corporación no comparte el criterio expuesto por el Tribunal de Cundinamarca en el sentido de que la Caja violó el derecho consagrado en el artículo 23 de la Constitución, por no haber comunicado a la peticionaria el 12 de octubre que adelantaba investigaciones acerca de si ella hacía vida en común con el fallecido, pues, como antes se advierte, al solicitar la pensión sustitutiva la señora Escrucería viuda de Vega se sometía a que la institución verificara lo relativo al enunciado aspecto de su vida matrimonial, en aplicación del Decreto 1211 de 1990, por lo cual no había necesidad de reiterar que las gestiones de la Caja se adelantaban en tal sentido.

Pero, además, la carta enviada por el organismo a la solicitante expresaba con claridad que no había resuelto y que lo haría apenas el 12 de noviembre por cuanto requería examinar la documentación pertinente, tanto la recibida

como la que todavía se recaudaba, lo cual, fuera de ser exacto en el caso concreto, era indispensable para adoptar la decisión.

El sentido del artículo 6º del Código Contencioso Administrativo radica en asegurar que el particular que ha acudido a la administración, si ésta todavía no puede darle una respuesta de fondo acerca de lo pedido, obtenga noticia sobre el trámite que sigue su petición y sepa el momento en que se le resolverá, con lo cual se compromete la autoridad respectiva. La norma no exige que en la comunicación se repita al particular de manera exhaustiva cuáles son los pasos que se llevan a cabo en torno a su solicitud.

Añádase a lo anterior que sobre la petición presentada resolvió la Caja de Retiro, precisamente mediante la expedición de las resoluciones atacadas, aunque lo hizo desfavorablemente. Como ya la Corte lo ha señalado en repetidas ocasiones, el derecho de petición se satisface al decidir sobre el tema que se plantea, sin que el sentido de la resolución adoptada deba ser necesariamente positivo.

Improcedencia de la suspensión del acto administrativo por vía de tutela

En relación con la sentencia de primera instancia, no entiende la Corte la razón por la cual el Tribunal de Cundinamarca, habiendo negado él mismo la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, dentro de las reglas propias del proceso contencioso que allí se adelanta, resolvió suspenderlos en sede de tutela. Con ello extendió el alcance de la acción más allá del ámbito que le corresponde pues hizo que fuera apto como recurso adicional o suplementario de los legalmente instituídos, lo que no se compadece con su sentido constitucional.

No ignora la Corte que el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991 establece que, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el juez, si lo estima procedente, podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

Tal medida exige, sin embargo, que la tutela se conceda apenas de manera temporal, en tanto se falla el proceso ordinario, motivo por el cual está excluída como modalidad definitiva del amparo.

Además, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corte, la inaplicación de que se trata no puede confundirse con la suspensión provisional del acto administrativo, como al parecer lo creyó el Tribunal.

Ha señalado la Corte:

"El carácter precario de la medida y la incompetencia del juez de tutela para penetrar en el terreno reservado a otra jurisdicción (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena: Sentencia C-543, octubre 1 de 1992), lo cual es aplicación del principio constitucional sobre autonomía de los jueces (artículos 228 y 230 C.N.), están claramente subrayados en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991 -destinado específicamente al tema del amparo transitorio- cuando obliga al juez de tutela a expresar en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo la acción instaurada por el afectado. Este, en todo caso, deberá ejercer la acción correspondiente en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela, cuyos efectos cesarán si así no lo hace.

Pero, además, tratándose de actos administrativos, la consagración de esta figura no puede interpretarse en el sentido de que todo juez haya quedado autorizado para decretar la suspensión provisional de aquellos, dentro del trámite propio de las acciones de tutela. Ello implicaría una ruptura de los linderos que la propia Carta Política ha establecido entre las jurisdicciones, en cuanto disposición constitucional expresa reserva esa atribución a la Contencioso Administrativa (artículo 238 C.N.), tal como lo manifestó esta Corte en Sentencia T-01 del 3 de abril de 1992".

(...)

"Como puede verse, lo que es posible decretar en esta hipótesis es una inaplicación temporal al caso concreto, considerada la particular y específica situación en que se encuentra el solicitante, así que no recae propiamente sobre la materialidad del acto administrativo, como sí acontece con la figura de la suspensión provisional. No tiene, entonces, el alcance de la misma y, por ende, excepción hecha de la inaplicación que pueda favorecer al petente a fin de evitarle un daño irreparable, el acto administrativo como tal permanece incólume mientras no sea suspendido provisionalmente por la Jurisdicción Contencioso Administrativa o anulado por ella.

Debe repararse por otra parte en que el punto materia de análisis -a diferencia del que constituye el objeto de la providencia mediante la cual se resuelve acerca de la solicitud de suspensión provisional en los procesos contencioso administrativos- no es el relativo a una posible oposición flagrante entre el acto demandado y las normas superiores a las que está sometido, sino la situación de hecho en la cual puede hallarse una persona frente a un acto cuya aplicación concreta implique, en su caso, efectos inmediatos e irremediables que vulneren sus derechos constitucionales fundamentales". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-203 del 26 de mayo de 1993).

Desde luego, negada como fue la suspensión provisional -cuyos efectos tienen mayor amplitud que la mera inaplicación al caso concreto, pues afec-

tan el contenido mismo del acto- ya se había establecido por el tribunal competente que no existía oposición prima facie entre las resoluciones acusadas y las normas superiores a las cuales estaban sometidas, lo cual quiere decir que, como lo observó el Consejo de Estado en la sentencia de segunda instancia, se tenía entonces un pronunciamiento judicial en torno a las pretensiones de la petente y ello restaba a la tutela el carácter transitorio con el que se la quiso presentar, como resulta claro al leer la parte resolutiva del fallo de primera instancia, a cuyo tenor la accionante, después de la "suspensión" en él ordenada, quedaba "en posibilidad de iniciar nuevamente actuación administrativa".

Una nueva suspensión, decretada esta vez en virtud de la acción de tutela, implicaba notoria contradicción con lo ya definido.

Se confirmará la sentencia del Consejo de Estado, aunque se precisará que, de conformidad con la ley y la jurisprudencia, lo pertinente no era el rechazo "in limine" de la demanda sino el estudio de fondo de las pretensiones y la decisión, en este caso, de negar la protección solicitada. Recuérdese que no solamente se estima improcedente la acción incoada en esta oportunidad por existir otro medio de defensa judicial en cuanto a algunos derechos, sino que, materialmente analizados otros de los que se alegaban desconocidos, se ha encontrado que no lo eran, lo que necesariamente exigió el análisis sustancial del asunto, al que ha procedido la Corte.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, proferido el diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), pero en el sentido de negar la protección solicitada.

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

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO,
Magistrado Ponente, Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-023
de febrero 01 de 1995

ACCION DE TUTELA - Medidas provisionales / **SERVICIO PUBLICO DE ACUEDUCTO** - Restablecimiento inmediato

Por auto se dispuso, como medida provisional, el restablecimiento inmediato del servicio de acueducto. Esta decisión obedeció al propósito de "evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público", de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.

AGENTE OFICIOSO / LEGITIMACION POR ACTIVA

Para actuar como agente oficioso se requiere que el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa. Condición que, como es lógico, no basta afirmar sino que es menester demostrar. No podía el demandante obrar como agente oficioso de los moradores de Piedras.

TUTELA INTERPUESTA POR CONCEJAL

Conferir a los concejales la facultad de demandar la tutela de los derechos de los habitantes de sus respectivos municipios, distorsionaría por igual la naturaleza y los fines de la acción de tutela y de las funciones propias de tales concejales.

SERVICIO PUBLICO DE ACUEDUCTO - Suspensión / **JUEZ DE TUTELA** - Orden de suspender servicio

Si se tiene en cuenta que centenares de municipios no disponen del servicio de acueducto, o que muchos de los acueductos no tienen sistemas de purificación de agua, no resulta aceptable el acudir a la acción de tutela para conseguir la no prestación del servicio. Es verdad que es necesario elevar el nivel de vida de todos los habitantes. Pero el camino para ello es el mejora-

miento de los servicios públicos que existen, y no su supresión. Si, en principio, no resulta admisible el que los jueces, al fallar sobre las acciones de tutela, impartan a los encargados de la administración la orden de construir obras, tales como carreteras, hospitales, estadios, etc., menos aceptable aún es la orden de suspender el servicio público que se está prestando.

Ref: Expediente T- 54.604

Demandante: Néstor Grégory Díaz Rodríguez.

Procedencia: Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué.

Magistrado ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá en sesión de la Sala Primera de Revisión, el primer (1er.) día, del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Primera de Revisión, integrada por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, procede a decidir de fondo sobre el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, en el proceso de tutela originado en la demanda presentada por Néstor Grégory Díaz R., contra el Alcalde Enrique Rodríguez Martínez, del municipio de Piedras, Departamento del Tolima.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección número doce de la Corte eligió, para su revisión, el fallo de la referencia.

I. ANTECEDENTES

A. Demanda y sentencias de primera y segunda instancias

Diciendo que procedía para defender "los Derechos a la Vida, Salud, y Dignidad de los habitantes" del municipio de Piedras, departamento del Tolima, el actor demandó al Juez Municipal el impartir la orden de suspender el funcionamiento del servicio de acueducto, basándose en el argumento de no ser el agua apta para el consumo humano.

El fallo de primera instancia no accedió a tal petición, y se limitó a ordenar la adopción de diferentes medidas, tendientes todas al mejoramiento de la calidad del agua que se suministra a los habitantes del pueblo. En la parte resolutiva se dijo:

"RESUELVE:

"Primero.- TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales a la vida, la integridad y salubridad de las personas habitantes del Municipio de Piedras.

"Segundo.- Como consecuencia de lo anterior ordenar al señor Alcalde de ésta (sic) localidad, que en el término de 48 horas promueva campañas preventivas para informar a los habitantes de ésta (sic) comunidad, y hacer recomendaciones para que el agua destinada al consumo humano sea hervida.

"Tercero.- Solicitar al señor Alcalde de este Municipio, para que en el término de un mes, presente los planes y programas que se desarrollarán para lograr la habilitación de los pozos 1 y 2, que se destinarán al consumo humano, previos (sic) los tratamientos sugeridos por la EXRO LTDA, y el estudio necesario de las aguas antes de ponerlos en servicio de la comunidad.

"Cuarto.- Ordénese al señor Alcalde, representante del Municipio de Piedras, para que en el término de un año se adopten las medidas necesarias, para que se logre la prestación adecuada del servicio de acueducto a ésta (sic) comunidad.

"..."

En virtud del recurso de impugnación, el Juez Primero Civil del Circuito de Ibagué revocó tal decisión, y ordenó la suspensión del servicio de acueducto, en el término de 48 horas. Al respecto dispuso:

"RESUELVE:

"Primero: REFORMAR LA SENTENCIA proferida por la Juez Promiscuo Municipal de Piedras en el sentido de amparar con el derecho de Tutela solicitada por el doctor NESTOR GREGORY DIAZ RODRIGUEZ, a los habitantes de esa ciudad, al considerar que se les está vulnerando el derecho fundamental a la vida al estarles suministrando por el acueducto agua no apta para el consumo humano,

"Segundo: REVOCAR el numeral tercero de la parte resolutiva de la providencia que se revisa en el sentido de que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de ésta (sic) decisión el Doctor ENRIQUE RODRIGUEZ MARTINEZ, en su condición de Alcalde Municipal de Piedras, ordene suspender el suministro de Agua contaminada por el acueducto y provea a los habitantes del casco urbano, con agua potable, empleando para ello los medios necesarios.

"Tercero: REVOCAR el numeral cuarto de la parte resolutiva de la providencia que se revisa, en el sentido de ordenarle al Alcalde de la localidad de Piedras que en el término de noventa (90) días contrate y tenga en funcionamiento las plantas para el tratamiento requerido de las aguas extraídas de los pozos #1 y #2, para que sean (sic) suministrado el servicio por el acueducto.

"Cuarto: CONFIRMAR los numerales dos, cinco y sexto de la parte resolutiva de la Sentencia impugnada.

"Quinto: PREVENIR al Alcalde Municipal del Municipio de Piedras, para que en ningún caso vuelva a incurrir en acciones u omisiones similares a las que dieron mérito para conocer de la Tutela que se revisa, de conformidad con lo consagrado en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

"Sexto: ORDENAR que se remita copia de ésta (sic) providencia a la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima, a la Corporación Autónoma Regional del Tolima "CORTOLIMA" como entidades encargadas la primera de velar por la salubridad y la segunda, como delegada del Ministerio del Medio Ambiente para que inicien las campañas tendientes a evitar la contaminación del RIO OPIA y que ejecuten los estudios sobre el grado de ella y sus afluentes y las causas que la ocasionan, para que promuevan las campañas que consideren necesarias con miras a erradicarla y coloquen avisos en diferentes lugares previniendo y advirtiendo los riesgos en el caso de que se efectúe consumo humano del agua del Río Opia.

"Septimo: Comuníqueseles lo determinado al Tutelante Doctor NESTOR GREGORY DIAZ RODRIGUEZ, al Alcalde del Municipio de Piedras doctor ENRIQUE RAMIREZ MARTINEZ y al Juzgado Promiscuo Municipal de Piedras, quien queda encargado de vigilar el cumplimiento de ésta (sic) Sentencia para el logro de los objetivos referidos en el cuerpo motivo de ésta (sic) providencia.

"..."

Posteriormente, varios centenares de vecinos de Piedras, pidieron al juez de segunda instancia revocar su decisión, diciendo que su cumplimiento "nos ocasionaría graves e impredecibles perjuicios, ya que es la única fuente que por ahora tenemos para solucionar nuestras necesidades domésticas y de consumo, generando un problema sanitario y hasta de orden público". El juez rechazó esta petición, con el argumento de que sobre ella podría resolver esta Corte al revisar el proceso.

B.- Aplicación del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991: medidas provisionales para proteger un derecho.

Por auto de fecha 13 de diciembre de 1994, la Sala Primera de Revisión dispuso, como medida provisional, el restablecimiento inmediato del servicio de acueducto. Esta decisión obedeció al propósito de "evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público", de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.

II. CONSIDERACIONES

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

Primera.- Competencia

La Corte es competente para la revisión de este proceso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y las normas pertinentes del Decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Lo que se debate

Tres aspectos deben estudiarse para resolver este asunto:

El primero, la legitimación en la causa del demandante.

El segundo, la procedencia de la acción de tutela, y la posibilidad de ejercer las acciones populares del artículo 1005 del C.C. en casos como éste.

Consideración especial merecerá el análisis de si puede el juez de tutela ordenar la supresión de un servicio público, basado en su deficiente prestación.

Tercera.- Legitimación en causa

El demandante dijo actuar como agente oficioso de los moradores del municipio de Piedras. En ningún momento llegó siquiera a insinuar que el servicio de acueducto le causara daños a su propia salud. Pero, ¿podía él actuar en la mencionada calidad?.

Para la Corte es claro que tal posibilidad no existía. El inciso segundo del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone: "También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud".

Contiene esta disposición una exigencia que el agente oficioso no puede soslayar: que el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa. Condición que, como es lógico, no basta afirmar sino que es menester demostrar.

El demandante no afirmó que todos los moradores de Piedras se encontraran en la imposibilidad de defender ellos mismos sus derechos. Y no habiéndolo afirmado, mal podría haberlo probado.

No podía, en conclusión, el demandante obrar como agente oficioso de los moradores de Piedras.

Y en cuanto a la actuación en su propio nombre, tampoco era procedente, por estas razones.

En la demanda calló sobre su domicilio, y por ello en el fallo de primera instancia no se menciona esta circunstancia. En el memorial de impugnación que obra al folio 128 del cuaderno primero, afirma ser vecino de Ibagué. De este hecho surge una primera consecuencia: el servicio de acueducto de Piedras no tenía que ver con su vida diaria, por discurrir ésta en otro lugar.

A lo anterior se agrega que, como ya se dijo, en parte alguna aparece la afirmación de que la salud o la vida del actor estuvieran en peligro por la calidad del agua que se consume en Piedras.

Lo dicho tiene como consecuencia la falta de legitimación del actor en este proceso.

Conviene, finalmente, hacer referencia a otro hecho. El actor fue concejal del Municipio de Piedras. Así hay que admitirlo, pues aunque él no lo dice, ni aparece la prueba correspondiente en el expediente, el alcalde sí lo afirma en su declaración (folio 68). Surge, entonces la pregunta: ¿el ser o el haber sido concejal le confiere un mandato suficiente para ejercer la acción de tutela en nombre de todos los habitantes del municipio?.

Para la Corte, también en este caso la respuesta es negativa. Ello, por estos motivos.

En primer lugar, la calidad de concejal confiere las facultades que permiten obrar en el cabildo, facultades encaminadas a intervenir en la administración del municipio. A ellas se refiere, en forma genérica y como correspondientes a los concejos, el artículo 313 de la Constitución. Si un concejal quiere impartir una orden al alcalde, hacer que la administración emprenda la ejecución de una obra, puede hacerlo mediante la aprobación de un acuerdo (numeral 1 del artículo 315 de la Constitución).

En segundo término, aceptar que la investidura de concejal habilita a su titular para actuar como agente oficioso de todos los pobladores del lugar, implica el conferir a los concejales el poder de decidir a su arbitrio cuándo tales pobladores no están en "condiciones de promover su propia defensa". Sería una especie de interdicción no prevista en la ley, y, lo que es peor, librada a la voluntad de una sola persona.

En conclusión: conferir a los concejales la facultad de demandar la tutela de los derechos de los habitantes de sus respectivos municipios, distorsionaría por igual la naturaleza y los fines de la acción de tutela y de las funciones propias de tales concejales.

Cuarta.- Improcedencia de la acción de tutela

Si la acción de tutela no era viable por no estar el demandante legitimado para intentarla, tampoco procedía si se tienen en cuenta los hechos. En efecto, veamos.

El actor afirma, como se vio, que actúa para proteger los derechos a la vida, la salud y la dignidad de los habitantes del municipio. Pero la verdad es que no existe prueba de que éstos estén "vulnerados o amenazados por la acción o la omisión" de una autoridad pública.

Si nos referimos a la salud o a la vida, no existe en el expediente ninguna prueba sobre enfermedades o muertes causadas por el agua del acueducto. Por el contrario: la médica del pueblo, en su declaración, afirma que no existe peligro de mortalidad, y que no se presenta el riesgo de epidemias. Se refiere, además, a las campañas que se vienen adelantando para que las gentes adopten prácticas elementales que mejoran la calidad del agua, como hervirla y filtrarla.

Pero, hay más. Si se tiene en cuenta que centenares de municipios no disponen del servicio de acueducto, o que muchos de los acueductos no tienen sistemas de purificación de agua, no resulta aceptable el acudir a la acción de tutela para conseguir la no prestación del servicio. Procediendo con igual o similar falta de lógica, se podrían intentar acciones de tutela para suprimir otros servicios públicos, aduciendo su deficiencia o las fallas en su prestación. Tales serían los casos de la policía, y de la fuerza pública en general; de la educación; de la energía eléctrica; de la recolección de basuras; y hasta de la misma administración de justicia.

Es verdad que es necesario elevar el nivel de vida de todos los habitantes. Pero el camino para ello es el mejoramiento de los servicios públicos que existen, y no su supresión. Fue, precisamente, esta consideración la que

movió a la Sala a ordenar el restablecimiento provisional del servicio de acueducto, como ya se indicó. Por fortuna, el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 permite adoptar esta clase de medidas.

De otra parte, en el presente caso hay prueba en el expediente de cómo se ha venido trabajando en lo que se refiere al acueducto, aunando los esfuerzos del municipio y del Servicio Seccional de Salud del Tolima, con los de otras entidades públicas. Por ejemplo, al expediente se trajo (fl. 77 del cuaderno principal), la copia del "Proyecto de Acueducto de la Cabecera Municipal de Piedras Departamento del Tolima". Este documento proviene del Corpes Centro-Oriente, Instituto Fondo de Acueductos y Alcantarillados Rurales del Tolima (Fonart). Este proyecto se encuentra en ejecución y hasta ahora se han excavado dos pozos profundos que en el futuro podrían reemplazar otras fuentes, como la del río Opia.

De otra parte, si, en principio, no resulta admisible el que los jueces, al fallar sobre las acciones de tutela, impartan a los encargados de la administración la orden de construir obras, tales como carreteras, hospitales, estadios, etc., menos aceptable aún es la orden de suspender el servicio público que se está prestando.

Quinta.- Las acciones populares

De conformidad con el inciso primero del artículo 8o. de la Ley 9a. de 1989, "Los elementos constitutivos del Espacio Público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil..."

En el caso que nos ocupa, podría pensarse que esta acción popular sería el camino para buscar el mejoramiento, que no la supresión, del servicio de acueducto. A esta conclusión se llega si se recuerda que el medio ambiente es "el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas, sociales, etc., que rodean a las personas".

Tesis que encuentra su respaldo en el articulo 88 de la Constitución, según el cual "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella".

Es verdad que aún no se ha dictado la ley que desarrolle el precepto transcrito. Pero nada impide considerar que en el caso del ambiente y el espacio públicos, el artículo 8o. de la Ley 9a. de 1989 es perfectamente aplicable, pues se ajusta cabalmente a la norma constitucional.

Conviene advertir que esta Corte, excepcionalmente, ha reconocido la procedencia de la acción de tutela cuando, en casos semejantes, se comprueba la vulneración o amenaza de derechos constitucionales fundamentales del actor. Lo cual, se repite, no ocurrió en este caso.

IV.- Decisión

Con base en las consideraciones anteriores, se revocará la sentencia de segunda instancia, que a su vez había revocado parcialmente la de primera instancia. En su lugar, se denegará la tutela demandada.

Pero, para contribuir a la solución del problema de que se trata, se enviará copia de esta sentencia al Concejo Municipal y al Alcalde de Piedras, Tolima, lo mismo que al Gobernador de ese departamento, para que, en la medida de sus competencias, sigan colaborando en este asunto.

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

RESUELVE:

Primero.- Revócanse en todas sus partes las sentencias de primera y de segunda instancia dictadas por el Juez Promiscuo Municipal de Piedras, Tolima, y por el Juez Primero Civil del Circuito de Ibagué, con fechas diez y seis (16) de septiembre de 1994, y treinta y uno (31) de octubre del mismo año, respectivamente.

Segundo.- Deniégase la tutela demandada por el ciudadano Néstor Gregory Díaz Rodríguez, en escrito presentado el día siete (7) de septiembre de 1994, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Piedras, Tolima.

Tercero.- Envíese copia de esta sentencia a los señores Gobernador del Tolima, Alcalde de Piedras y Presidente del Concejo Municipal, para lo indicado en la parte motiva.

Notifíquese, cúmplase, comuníquese 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-024
de febrero 01 de 1995

TUTELA CONTRA PARTICULARES / TUTELA CONTRA INSTITUCION UNIVERSITARIA - Socio invidente

Cuando la violación de los derechos fundamentales de una persona ocurra por la actividad de un particular dentro de cualquiera de las situaciones mencionadas en el artículo 42 en referencia, procede la tutela como remedio subsidiario, pues el Constituyente y el Legislador han dado por entendido que el perjudicado es una persona fácilmente vulnerable, en virtud de las condiciones de superioridad en las que se encuentra y obra el particular que le causa el daño. En el presente caso la tutela es procedente desde el punto de vista meramente formal por dos razones fundamentales: la primera, porque el actor no sólo por la limitación física que padece, sino por la situación particular en que ha sido colocado por los directivos de la institución demandada, se encuentra en un estado de indefensión. La segunda porque el actor se encuentra igualmente en un estado de subordinación, pues además de fundador de dicha institución tiene el carácter de trabajador.

TRABAJADOR - Trato discriminatorio / **TRABAJADOR** - Suministro de elementos de trabajo

En la relación de trabajo las partes no son iguales, de manera que al trabajador se le considera colocado en inferioridad de condiciones respecto de su empleador. Por eso, tanto la normatividad jurídica y los principios en ella contenidos que regulan y orientan las relaciones jurídicas de naturaleza laboral, se preocupan por establecer mecanismos protectores que permitan controlar esa desigualdad e impedir el abuso del derecho con desmedro de los intereses del trabajador. Al peticionario se le violaron los siguientes derechos fundamentales: - El derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, pues se le dio un trato que puede calificarse, según las circunstancias antes narradas de inhumano y degradante, que además no se compadece con los deberes

de la persona y del ciudadano de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; - El derecho a la igualdad, pues al actor no se le dio por las directivas de la institución el mismo tratamiento que en su condición de fundador se le otorga a los demás fundadores y - El derecho al debido proceso, porque las decisiones adoptadas en torno a la situación laboral del actor y las vías de hecho a las cuales acudió, envuelven en el fondo la imposición de sanciones sin el cumplimiento de las formalidades procesales.

Ref.: Expediente T-44574

Tema: Protección de los derechos al trabajo en condiciones dignas, a no ser objeto de tratos inhumanos o degradantes, a la igualdad, y al debido proceso cuando concurre el carácter de asociado y de trabajador de una institución privada.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral

Peticionario: Enrique Arturo Rojas Luque.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Aprobado en Santafé de Bogotá el primero (1o.) de febrero 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 acción de tutela instaurado por el ciudadano Enrique Arturo Rojas Luque, ante el Tribunal Superior de Medellín-Sala Laboral.

I. ANTECEDENTES

1. Los hechos

Mediante apoderado, el ciudadano Enrique Arturo Rojas inició acción de tutela contra la Escuela Colombiana de Mercadotecnia de la ciudad de Medellín, y específicamente contra sus órganos de dirección, por la violación de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, que establece y garantiza el principio de igualdad ante la Ley 16, sobre el libre desarrollo de la personalidad; 25, relacionado con el derecho al trabajo; 27, sobre la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, y 38, que reconoce el derecho a la libre asociación.

Según los hechos en que se apoya la demanda, en el año de 1970, el peticionario constituyó, junto con otras personas, una fundación para la preparación, investigación científica y la asesoría en mercadotecnia.

De acuerdo con los Estatutos de la Fundación, son asociados los fundadores y directivos de la Escuela e integran la Asamblea General del organismo, dichos fundadores o los remplazos designados libremente por estos.

El demandante designó como su remplazo en la Asamblea General a la señora Berta Inés Rojas Buitrago, quien fue aceptada en el ejercicio de la función y tomó posesión ante dicho organismo, en los términos del artículo 17 de los mencionados Estatutos. El motivo de esta determinación, obedeció a que el actor en razón de haber perdido sus órganos visuales no estaba en completa capacidad para continuar cumpliendo con las responsabilidades de miembro de la Asamblea.

Se asevera en la demanda que en razón de ciertas anomalías en el manejo de los bienes y recursos de la institución, la señora Rojas Buitrago asumió una posición crítica y de oposición frente a los demás integrantes de la Asamblea lo cual dio lugar a una reacción de estos que se materializó en la comisión de una serie de abusos de poder por dicha Asamblea de Fundadores hasta el punto de que suprimieron las funciones de la Vicerrectoría de Planeación, cargo ocupado por el señor Enrique Rojas, no obstante que una decisión en tal sentido sólo podía ser adoptada por el Consejo Superior, fue desalojado de su oficina y se le relegó a un sitio de trabajo desprovisto de la dotación requerida para cumplir con sus labores, pues carece de secretaria y de los elementos y útiles de trabajo necesarios para cumplir su actividad académico-administrativa.

"No obstante sus requerimientos verbales y escritos -agrega la demanda- para que le permitan ejercer sus derechos de fundador y trabajador de la fundación, los otros fundadores y directivos insisten en desconocerlos prevalidos posiblemente de las precarias condiciones de salud de mi poderdante, que le impiden una lucha igualitaria para obtener la efectividad de sus derechos".

2. Las pretensiones

"1. Que se ordene a la Fundación Escuela Colombiana de Mercadotecnia, concretamente al Consejo Superior y al Presidente y al Secretario de la Asamblea General, que se sirvan convocar y citar por escrito y con ocho días de antelación, a mi poderdante o a su reemplazo personal a todas las asambleas ordinarias y extraordinarias que se realicen".

"2. Que en la convocatoria y en la citación se señale a mi poderdante el orden del día y el lugar, fecha y hora de la reunión ordinaria o extraordinaria".

"3. Que se ordene a la fundación Escuela de Mercadotecnia, que cese en la perturbación del derecho de mi poderdante a intervenir en las reuniones de la asamblea general ya sea directamente o a través de su reemplazo personal".

"4. Que se ordene a la Fundación Escuela Colombiana de Mercadotecnia, asignar y dotar a mi poderdante de oficina, secretaria, muebles, teléfono, papelería y demás elementos necesarios para que pueda desarrollar su trabajo en condiciones dignas y justas".

"5. Que se ordene a la Fundación Escuela Colombiana de Mercadotecnia se le de a mi poderdante, los mismos derechos económicos como salario, prestaciones extralegales, incrementos salariales retroactivos, estímulos, etc. que se reconocen y otorgan a los demás miembros fundadores".

"6. Que se ordene a la Fundación Escuela Colombiana de Mercadotecnia se le asigne a mi poderdante la carga académico-administrativa o de investigación que le corresponde de acuerdo a sus funciones, así como el presupuesto y demás elementos físicos y de recursos humanos necesarios para el desarrollo de sus actividades personales y profesionales, en las mismas condiciones de igualdad real y efectiva con los otros fundadores".

"7. Que por medio de sentencia se profiera el mandamiento de tutela, para que el organismo perturbador de los derechos de mi poderdante, de cumplimiento obligado e inmediato a la decisión de ese Tribunal y en adelante se abstenga de reiterar las acciones que dieron origen a esta tutela".

"8. Que se condene en costas a la demandada".

II. FALLOS QUE SE REVISAN.

1. De primera Instancia

El Tribunal Superior de Antioquia-Sala Laboral negó la tutela impetrada con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. El derecho al trabajo no es supuesto de violación cuando la acción de tutela se adelanta contra un particular, como en este caso, pues no se contempla dentro de la relación de derechos protegidos en el numeral 1 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que según su texto son los consagrados por los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución Política.

2. En relación con el derecho a la igualdad ante la Ley, "..no se ha dado la violación impetrada porque los mismos tendrían que estar referenciados con la prestación del servicio público de la educación, y la no citación del accionante a la asamblea de fundadores de la institución no implica ponerlo en condiciones de desigualdad frente a aquélla, es decir, frente a la educación, aunque el hecho en sí mismo constituye una situación diferente a la de los otros miembros que implica un desconocimiento de sus derechos individuales como socio fundador pero que puede reclamarlos acudiendo a la vía ordinaria y así lograr que le sean respetados" (Fl. 222).

3. Sobre el derecho que consagra el artículo 16 de la Carta Política afirma el a-quo que "no se ve como se le está entorpeciendo al señor Rojas Luque su desarrollo de la personalidad, cuando es una persona que posee altas calidades intelectuales como lo referencian las personas que depusieron en el trámite de la acción, que ha emprendido diversas actividades en las que ha proyectado su visión de si mismo, como lo es la misma entidad que ahora demanda. No se le ha desconocido su manera de ser, por el contrario, el reconocimiento de ella ha creado las fricciones que lo han alejado de la asamblea de fundadores. En todo caso no se le ha entorpecido la toma de decisiones en cuanto a su desarrollo como persona en su medio"(Fl. 225).

4. Sobre la pretendida violación del derecho de asociación acota el Tribunal:

"Bajo este entendimiento no se ve como se le está violentando el derecho de asociación al accionante, si en virtud del mismo se originó la entidad contra la cual está accionando y en parte alguna se habló de la formación de alguna otra entidad dentro o fuera de ella" (fl. 226).

2. De segunda instancia

La Corte suprema de Justicia- Sala Laboral, confirmó la decisión del Tribunal, aunque admitió como lo planteó el actor al impugnar la sentencia de primera instancia, que sí debía considerarse la eventual violación del derecho al trabajo porque la Corte Constitucional había declarado inconstitucional, entre otros, el numeral 1 del artículo 42, porque el legislador no podía establecer un listado puntual de derechos fundamentales susceptibles de quebrantamiento en virtud de que la Carta no autorizaba dicha limitación. Empero, consideró que en el caso sublite no se opera el desconocimiento del derecho al trabajo, toda vez que los hechos aducidos afectan derechos y requisitos que se consagran en los Estatutos de la Fundación, es decir, que protegen derechos de rango inferior y no constitucionales de naturaleza fundamental, como se exige en los términos del artículo 2o. del Decreto 306 de 1992.

Y agrega la Corte Suprema de Justicia:

"No sobra señalar que dentro de las diligencias no aparece demostrado que los demás socios fundadores se hayan valido de su condición de invidente para impedirle el libre desarrollo de sus derechos. Adicionalmente, en el evento de que en la prestación del servicio de la educación se hayan presentado irregularidades por la accionada, advierte la Sala que de conformidad con los preceptuado por los artículos 31 a 33 de la Ley 30 de 1992, la inspección y vigilancia de la educación superior corresponde al Presidente de la República, al Ministro de Educación por delegación y con la asesoría del Consejo Nacional de Educación (CESU) y la aplicación de sanciones por el incumplimiento de lo establecido en la citada ley, está contemplado en los artículos 48 a 52 ibídem, que regulan el trámite pertinente".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La corte es competente para conocer de la revisión de los fallos relacionados en virtud de las facultades que le confieren los artículos 86 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. La tutela contra particulares

Es claro que la persona contra quien se promueve la acción de tutela, en el caso de autos, es un particular, pues esa condición se predica de una fundación organizada como sujeto de derecho privado, según los términos del Decreto-Ley 3130 de 1968 (art. 5o.).

Tal circunstancia obliga a que el examen del caso sublite se enfoque desde la perspectiva especial de la tutela contra particulares, que la Constitución establece y la ley regula dentro de un entorno jurídico especial.

En los términos del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un instrumento jurídico de protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando son vulnerados o se amenaza su vigencia por una conducta activa u omisiva de la autoridad pública y eventualmente de un particular.

Es sabido que frente a los excesos de la autoridad, la Constitución consagra la tutela como una garantía general de los derechos fundamentales del individuo, cuando éste carece por completo de una herramienta ordinaria de protección judicial para protegerlos, a menos que la acción se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Frente a la actuación arbitraria e irregular de los particulares que afectan los aludidos derechos se admite, aun cuando con ciertas restricciones, la acción de tutela.

Las limitaciones obedecen a que las relaciones entre los particulares se desarrollan normalmente en un plano de igualdad y donde impera la autonomía de la voluntad, a que las obligaciones que éstos pueden asumir, en principio, ordinariamente equivalentes o conmutativas, resultan normalmente del acuerdo de voluntades con ocasión de un negocio jurídico, y que las controversias a que dan lugar dichas relaciones de naturaleza estrictamente privada y ordinariamente con contenido económico, por no afectar derechos fundamentales, deben ser resueltas a través de la justicia ordinaria.

No obstante, cuando uno de los sujetos de la relación se coloca eventualmente en un plano de superioridad, en razón de la proyección e importancia que su actividad tiene en el medio social, o que coloca a una persona en estado de subordinación o indefensión, y con su conducta arbitraria o irregular viola o amenaza vulnerar derechos fundamentales, dicha relación cambia de signo y amerita la protección de estos a través del instrumento de la tutela.

Según el artículo 86 de la Constitución Política, a la ley se le defirió la responsabilidad de establecer los casos en que procede la tutela contra particulares (C.P. art. 86 inc. 5o.), consultando, como se ha visto, el marco de referencia que la Carta preestableció y con arreglo al cual, debe el legislador desarrollar la voluntad normativa.

El Decreto 2591 de 1991 cumplió el cometido señalado, aunque excediendo la voluntad constitucional, porque limitó los derechos fundamentales a proteger, como por ejemplo en los eventos a que se refieren los numerales 1, 2 y 9 de su artículo 42, cuando la restricción sólo era predicable en relación con las situaciones desde la cuales debía actuar el particular al ocasionar la agresión de los derechos, y no de éstos mismos. Todos los derechos fundamentales son susceptibles de protección mediante la tutela, si el sujeto agresor se encuentra en las condiciones requeridas por el inciso final del artículo 86 de la Carta política. Justamente por incurrir el decreto en tamaña equivocación, fueron declarados inexequibles los numerales en cuestión en cuanto discriminaron los derechos fundamentales tutelables (Sentencia C-134 del 17 de Marzo de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Así pues, cuando la violación de los derechos fundamentales de una persona ocurra por la actividad de un particular dentro de cualquiera de las situaciones mencionadas en el artículo 42 en referencia, procede la tutela como remedio subsidiario, pues el Constituyente y el Legislador han dado por entendido que el perjudicado es una persona fácilmente vulnerable, en vir-

tud de las condiciones de superioridad en las que se encuentra y obra el particular que le causa el daño.

3. Procedencia formal de la tutela

En el presente caso la tutela es procedente desde el punto de vista meramente formal por dos razones fundamentales: la primera, porque el actor no sólo por la limitación física que padece, sino por la situación particular en que ha sido colocado por los directivos de la institución demandada, se encuentra en un estado de indefensión. La segunda porque el actor se encuentra igualmente en un estado de subordinación, pues además de fundador de dicha institución tiene el carácter de trabajador.

4. Hechos establecidos dentro del proceso

Con la prueba documental incorporada al proceso, el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la Fundación Escuela Colombiana de Mercadotecnia y los testimonios que se recepcionaron (folios. 194 y ss) se establece, en esencia, lo siguiente:

a) El peticionario tenía la calidad de fundador y de trabajador de la mencionada institución.

b) Las funciones de la Vicerrectoría de Planeación, existente nominalmente en estructura administrativa, "se asignaron a las demás dependencias académico administrativas" por decisión de la Asamblea de Fundadores; ello implicó privar al petente de las funciones correspondientes al cargo de vicerrector que venía desempeñando, pero se le asignaron "unas funciones sobre el departamento de educación no formal para que por este medio se utilizara la planta física que está subutilizada en el transcurso del día", bajo la modalidad de "nombramiento en comisión".

c) Al ser privado de las funciones de Vicerrector al actor se le asignó como sitio de trabajo un espacio que no cuenta con la dotación apropiada para desempeñar sus labores; además carece de teléfono, de secretaria y de los útiles y elementos de trabajo que requiere para cumplir sus funciones.

d) Por decisión de la Asamblea se rechazó la participación de la delegada del peticionario, señora Bertha Inés Rojas Buitrago, por la posición crítica que asumió frente a decisiones relativas al manejo y disposición de rentas y bienes de la institución. En efecto, en la comunicación 1066 de agosto 13 de 1993, suscrita por los señores Héctor Gaviria R., Julio César Agudelo T., Mario Ruiz V., Roberto Duque C. y Hugo Rojas Z, se expresa lo siguiente:

"El desagradable desenlace de las reuniones de Asamblea General ocurrido a finales de 1992, en las cuales su representante personal señora Bertha Inés Rojas, trató a sus compañeros de fundación con términos desobligantes y degradantes, que ni siquiera amerita recordar, hemos resuelto por unanimidad rechazar la participación de dicha delegada en la Asamblea.

Por tanto, le solicitamos encarecidamente se sirva asistir usted personalmente o designar un nuevo delegado para que lo represente en la Magna Asamblea".

e) Desde hace más de dos años el peticionario no asiste a la Asamblea de Fundadores, pues todo parece indicar que no se le cita a la misma. Es elocuente sobre el punto el testimonio del señor Roberto Duque Campillo, quien en apartes de su declaración y ante la pregunta: "Dentro de la Asamblea en algún momento se resolvió no volver a contar con el señor Enrique Arturo Rojas? contestó: Si ignorarlo significa no volver a contar con el sí".

5. Derechos fundamentales vulnerados

De los hechos relatados por el actor y confirmados en el transcurso de la etapa probatoria aprecia la Sala que en la institución mencionada se han presentado serias y graves discrepancias entre sus directivas y el peticionario por el manejo administrativo de la organización, que han dado lugar, sin que medie justificación, a una persecución laboral y a un tratamiento discriminatorio de éste por las directivas.

Resulta evidente de los hechos conocidos en este caso que el actor ha sido víctima de un tratamiento discriminatorio frente a los demás fundadores de la Escuela Colombiana de Mercadotecnia, lo que se ha traducido no sólo en el desconocimiento de los derechos que le corresponden en la asociación como fundador, sino de las garantías que resultan de los principios del derecho al trabajo, como son los de asegurarle la ejecución de sus labores como trabajador en condiciones de justicia y dignidad.

Se discrimina a uno de los miembros de una relación cuando se le otorga, por quien es depositario del poder de decidir, un tratamiento diferente al común de quienes hacen parte de esa relación, sin que medie una causa real, apoyada en razones de equidad, que justifique la conducta discriminatoria.

Dentro de un Estado de Derecho, nadie puede asumir la justicia por su propia mano, y en el peor de los casos, si se juzgaba indebida e irregular según la ley y los reglamentos de la entidad la conducta del peticionario ha debido ser objeto de un tratamiento disciplinario con arreglo a las normas

pertinentes, que le aseguren su derecho al debido proceso donde pudieran el actor y los directivos, debatir sus puntos de vista y controvertir las pruebas aportadas, pero no acudir a las vías de hecho ni adoptar, como ha ocurrido, decisiones al margen de la ley que desconocen sus derechos como fundador, y constituyen verdaderas sanciones impuestas arbitrarias e ilegalmente, prevaliéndose la Escuela de su posición de superioridad y de la indefensión del peticionario.

"Las condiciones laborales, - ha dicho la Corte- si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13, deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador"[1]

Ahora, como enseña la doctrina y la jurisprudencia, sabido es que en la relación de trabajo las partes no son iguales, de manera que al trabajador se le considera colocado en inferioridad de condiciones respecto de su empleador. Por eso, tanto la normatividad jurídica y los principios en ella contenidos que regulan y orientan las relaciones jurídicas de naturaleza laboral, se preocupan por establecer mecanismos protectores que permitan controlar esa desigualdad e impedir el abuso del derecho con desmedro de los intereses del trabajador.

Esa condición de inferioridad en el caso de autos es visible. Nótese cómo las demandas del actor por un tratamiento acorde con su cargo y al ejercicio de sus funciones resulta infructuoso, frente a la posición inconmovible de los demás cofundadores, encargados de la dirección y manejo de la Fundación, quienes, apoyados en una solidaridad de hecho, pudieron "ignorar", los reclamos del actor, como en efecto lo señala el presidente de la asamblea general (fl. 202). Y lo que justifica plenamente la protección constitucional, es que el peticionario se quedó a estas alturas de su situación, sin ninguna herramienta jurídica que le permita impugnar las medidas de los directivos de la escuela, justamente porque en lugar de que éstos adoptaran la vía legalmente procedente para controvertir la conducta del señor Rojas Luque, optaron por "ignorarlo", es decir, por no dar contestación a sus demandas y en consecuencia omitieron dar cabida a un procedimiento formal donde seriamente se oyeran y cuestionaran dichas demandas.

De lo anterior concluye la Sala que al peticionario se le violaron los siguientes derechos fundamentales:

- El derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, pues se le dio un trato que puede calificarse, según las circunstancias antes narradas de inhu-

1. Sentencia T-230/94, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

mano y degradante (arts. 12 y 25 de la C.P.), que además no se compadece con los deberes de la persona y del ciudadano de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (art. 95-1 C.P.).

- El derecho a la igualdad, pues al actor no se le dio por las directivas de la institución el mismo tratamiento que en su condición de fundador se le otorga a los demás fundadores.

- El derecho al debido proceso, porque las decisiones adoptadas en torno a la situación laboral del actor y las vías de hecho a las cuales acudió, envuelven en el fondo la imposición de sanciones sin el cumplimiento de las formalidades procesales.

Procede en consecuencia la acción de tutela en relación con la protección de dichos derechos fundamentales y por lo tanto se ordenará a la Fundación Escuela Colombiana de Mercadotecnia y a las directivas de la misma que cese su violación y se adopten las medidas que se especifican en la parte resolutiva de esta sentencia.

IV. DECISION

Por las razones señaladas, la Corte Constitucional en Sala Segunda de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Revocar las sentencias de primera y segunda instancias proferidas en el presente proceso por el Tribunal Superior de Medellín y la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil, en atención a las razones señaladas en el presente fallo.

Segundo. Tutelar los derechos fundamentales del peticionario al trabajo, a no ser objeto de tratos inhumanos o degradantes, a la igualdad y al debido proceso, quebrantados por la Fundación Escuela Colombiana de Mercadotecnia y sus órganos directivos y disponer en consecuencia:

a. Que se le restablezcan al señor Enrique Arturo Rojas Luque los derechos que la fundación reconoce a los fundadores de la institución, particularmente el de ser citado oportunamente a las asambleas generales.

b. Que se le suministren al peticionario los elementos de trabajo y se le otorgue el apoyo humano, técnico y los servicios complementarios que le permitan cumplir adecuada y dignamente las labores encomendadas.

c. Que cese toda forma de persecución por parte de las directivas de la Escuela y se abstenga en el futuro de repetir cualquier acción que pueda colocar al actor en situación de discriminación y desigualdad frente a los demás miembros fundadores de la referida institución de enseñanza.

Tercero. Líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí previstos.

Notifíquese, cópiese, publíquese 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-025
de febrero 01 de 1995

INEMBARGABILIDAD DE BIENES DEL ESTADO -
Excepciones en materia laboral

El principio de inembargabilidad de los bienes del Estado sufre una excepción de origen constitucional, cuando se trata de hacer efectivos los derechos de los trabajadores, relativos al pago de sus salarios y prestaciones sociales, pues de este modo se evita el desconocimiento de derechos fundamentales.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Circular inconstitucional /
PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES -
Violación / **AUTONOMIA JUDICIAL**

La Superintendencia Bancaria carece de competencia para determinar la procedencia o improcedencia de una orden de embargo emanada de un juzgado, pues es propio de la actividad judicial, cuando se trata de procesos de ejecución, determinar la suficiencia o idoneidad del título ejecutivo, librar el correspondiente mandamiento de pago, ordenar y hacer efectivas las medidas ejecutivas requeridas, previa definición de la procedencia del embargo, según la naturaleza jurídica de los bienes, resolver las peticiones de desembargo que formulen las partes y realizar los demás actos procesales propios de un proceso de esta naturaleza. Por consiguiente, cuando la Superintendencia Bancaria regula y condiciona la embargabilidad de dineros oficiales a través de la referida circular, invade la órbita de la competencia de los jueces en la materia ignora el principio de la separación de los poderes públicos y la autonomía judicial.

JUEZ LABORAL - Requerimiento para
cumplimiento de órdenes de embargo

Conforme al inciso 1 del art. 39 C.P.C., es obvio que el juez laboral, a quien no se le han cumplido las órdenes de embargo, puede exigir su observancia a través de los correspondientes requerimientos judiciales a la persona obliga-

da a hacer efectivas dichas órdenes, y si ésta se coloca en posición de renuencia o de rebeldía contra lo decidido por el juzgado, aplicar las sanciones previstas. No obstante, a juicio de la Corte el instrumento de coacción aludido para lograr el cumplimiento de la orden judicial puede eventualmente no resultar idóneo y efectivo, en los siguientes casos: 1. Cuando, no obstante los requerimientos judiciales la persona obligada a acatar la orden de embargo se abstiene de hacerlo y el juez no aplica las sanciones correspondientes, con lo cual se queda sin cumplir el mandato judicial; 2. en el evento de que la persona obligada a cumplir la orden de embargo prefiera pagar la multa y mantenerse en la posición de desacato a la orden judicial, con la consecuencia de que ésta queda incumplida.

DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-
Pago y reajuste oportuno de pensiones

La Corte Constitucional ha reconocido que los derechos a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad y a la seguridad social son fundamentales; dentro de este último se comprende el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones.

TUTELA CONTRA BANCO -
Incumplimiento de órdenes de embargo

La negativa del Banco a atender las órdenes de embargo emanadas del Juzgado configura una violación de los derechos fundamentales de los peticionarios, quienes acudieron al proceso ejecutivo laboral para obtener el pago de los reajustes a sus respectivas pensiones, pues indudablemente de la materialización de los referidos embargos depende el éxito de la acción ejecutiva.

Ref.: Expediente T- 46448

Peticionario: Clemente Meneses López y otros

Procedencia: Tribunal Superior de Cartagena

Tema: Embargo de dineros oficiales.

La tutela como mecanismo idóneo para cumplir una providencia judicial pese a la opción prevista en el art. 39 del C.P.C.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Aprobada en Santafé de Bogotá D.C., el primero (1o.) de febrero 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 MU-

ÑOZ Y CARLOS GAVIRIA DIAZ, revisa el proceso de acción de tutela instaurada por los señores Clemente Meneses López, Tiburcio Loret Negrete y Martín J. Esquivel Camargo, contra el Banco del Estado, oficina principal "La Matuna" de la ciudad de Cartagena.

I. ANTECEDENTES

A. Los hechos

Los señores Clemente Meneses López, Tiburcio Loret Negrete y Martín J. Esquivel Camargo, en su condición de jubilados de la Nación, instauraron demandas ejecutivas laborales ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de la Ciudad de Cartagena en contra de la Caja Nacional de Previsión Social, con el fin de obtener el pago de las sumas de dinero que se les adeudaban por concepto de reajustes de sus pensiones, de conformidad con la Ley 4a. de 1976.El citado despacho judicial libró mandamientos de pago en contra de la entidad demandada y a favor de los actores y decretó en los respectivos procesos el embargo, secuestro y retención de las sumas de dineros que tenía en depósito en el Banco del Estado, oficina principal "La Matuna". Para la efectividad de esta medida se libraron los oficios números 310 - 306 de marzo 24/94 y 447 de mayo 4 del mismo año, en los cuales se comunicaron los embargos y se ordenó a la gerente de dicho banco que procediera a consignar a disposición del juzgado los dineros correspondientes en el Banco Popular de la localidad, sección de depósitos judiciales.

Ni la anterior orden, ni los requerimientos judiciales ordenados y comunicados mediante los oficios números 703 - 704 de junio 21/94 y sin número de julio 8 del año en curso fueron atendidos por el Banco del Estado. Esta entidad, a través de varios oficios de fecha 24 de junio del presente año, manifestó que se abstenía de dar cumplimiento a las medidas cautelares, en razón de que la Caja Nacional de Previsión Social es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y sus rentas y recursos gozan de la protección de inembargabilidad, según el certificado expedido por el Director General del Presupuesto Nacional.

B. La Pretensión

La petición de los accionantes se encamina a que se tutele, el derecho a subsistir y al disfrute pleno de la pensión de jubilación como personas de la tercera edad, a efecto de que se ordene al Banco del Estado, oficina principal "La Matuna" de la ciudad de Cartagena, consignar en el Banco Popular, Sección de Depósitos Judiciales y a disposición del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esa ciudad los dineros afectados con las medidas ejecutivas

que la entidad demandada tiene depositados en cuenta corriente en dicho banco.

C. El fallo que se revisa

1. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en sentencia del 18 de agosto de 1.994, resolvió negar la tutela solicitada, contra la representante legal del Banco del Estado, con fundamento en las siguientes razones:

(...)

"En el presente caso, el Juez Laboral a quien no se le han cumplido las órdenes impartidas dentro de las actuaciones ejecutivas antes mencionadas, cuenta con los mecanismos adecuados para la efectivización de los derechos reclamados por los actores en este asunto, ya que de conformidad con el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la materia tratada, dispone de poderes disciplinarios para hacer cumplir las órdenes impartidas en ejercicio de sus funciones que empleados públicos o particulares no acojan o demore su ejecución, previendo en el numeral 1o. del citado precepto la sanción con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales, convertibles en arresto equivalentes al salario mínimo legal por día, según el caso, de cuya facultad debe hacer el funcionario judicial por ser medio idóneo para el cumplimiento de sus decisiones, o en su defecto las partes interesadas solicitarle la utilización de dichos mecanismos con miras al reconocimiento de sus derechos."

(...)

"En suma, si existen otras vías o medios para la defensa judicial del derecho y la tutela no es posible utilizarla como mecanismo transitorio, deviene en improcedente la respectiva solicitud para conseguir el cumplimiento de las órdenes judiciales echadas de menos en esta providencia, en relación con lo cual el funcionario judicial correspondiente dispone de los mecanismos adecuados y suficientes en orden a la observancia de sus decisiones a cargo de los empleados públicos o particulares".

II. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de las aludidas sentencias en virtud de lo dispuesto por el inciso 2o. del artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. El principio Constitucional de inembargabilidad de los bienes del Estado.

El principio de inembargabilidad de los bienes y recursos del Estado esta consagrado en el art. 63 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

"Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

La Ley 38 de 1989, Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, desarrolla el anterior precepto constitucional, así:

"Artículo 8.Los principios del sistema presupuestal son: la planificación; la anualidad; la universalidad; la unidad de caja; la programación integral; la especialización; el equilibrio y la inembargabilidad"."..."

"Artículo 16. La inembargabilidad. Las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables. La forma de pago de las sentencias a cargo de la Nación, se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales concordantes."

La Corte Constitucional al pronunciarse en la sentencia C-546/92 sobre la exequibilidad de las disposiciones transcritas estimó que el principio de la inembargabilidad no es absoluto, pues tratándose de obligaciones laborales pueden hacerse efectivas, bien sea que el título conste en una sentencia judicial o en un acto administrativo en firme. Dijo la Corte en la aludida sentencia:

"En este orden de ideas, el derecho al trabajo, por su especial protección en la Carta y por su carácter de valor fundante del Estado social de derecho, merece una especial protección respecto de la inembargabilidad del presupuesto."

"En consecuencia, esta Corporación estima que los actos administrativos que contengan obligaciones laborales en favor de los servidores públicos deben poseer la misma garantía que las sentencias judiciales, esto es, que puedan prestar mérito ejecutivo -y embargo- a los dieciocho (18) meses después de haber sido ejecutoriados, de conformidad con el artículo 177 del código contencioso administrativo ...."

La Corte Constitucional al estudiar las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 01 de 1991 y los Decretos 035, 036 y 037 de 1992, en sentencia

No. C-013/93, ratificó expresamente la mencionada jurisprudencia en los siguientes términos:

"Esta Corporación, en la sentencia Nº C-546, sentó la doctrina constitucional en materia del principio de inembargabilidad de los recursos y rentas incorporados en el presupuesto general de la Nación. Si bien la inembargabilidad ordenada en los Decretos 036 y 037 de 1992 se circunscribe a los bienes y recursos del Fondo de Pasivo Social y a los bienes muebles e inmuebles de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, al igual que a las rentas y recursos incorporados en el presupuesto a su nombre, la mencionada doctrina que se ocupa del principio general, conserva plena validez y conforme a la misma debe resolverse la cuestión constitucional planteada."

"La identidad sustancial en cuanto al cargo de la demanda que dio lugar a este proceso constitucional con la que sirvió de base al pronunciamiento tratado en el punto anterior, adicionada a la plena conducencia de sus fundamentos constitucionales también en el caso presente, indefectiblemente lleva a la Corte a declarar, como en efecto se hará, la exequibilidad del precepto acusado, dejando a salvo las situaciones en las cuales la efectividad del pago de las obligaciones laborales a cargo de la Nación con ocasión de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia sólo pueda hacerse mediante el embargo de los bienes y recursos del Fondo de Pasivo Social y de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, o de las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación a su nombre, en cuyo caso el embargo correspondiente se ajustará a lo señalado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo."

La jurisprudencia sentada en las anteriores sentencias fue igualmente reiterada en la sentencia C-017/93, al examinar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1o. de la Ley 15 de 1982.

Como puede observarse, según la Corte el principio de inembargabilidad de los bienes del Estado sufre una excepción de origen constitucional, cuando se trata de hacer efectivos los derechos de los trabajadores, relativos al pago de sus salarios y prestaciones sociales, pues de este modo se evita el desconocimiento de derechos fundamentales. Fue así como consecuente con la doctrina expuesta, dijo:

"...este principio de la inembargabilidad no es absoluto, ya que con base en él no puede, por ejemplo, desconocerse un derecho fundamental."

"...la Corte considera que en materia laboral, la inembargabilidad desconoce el principio de la igualdad material, al convertirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho".

(...)

"Es decir, el principio de la inembargabilidad es un criterio de seguridad presupuestal, que vela por la existencia de recursos, que son de interés general, pero nunca puede atentar, ni ser causa del desconocimiento de cualquier derecho fundamental, pues no hay título jurídico contra la validez y eficacia de los derechos fundamentales". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-337 del 19 de agosto de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

Finalmente la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 1994 de la cual fue ponente el Magistrado Jorge Arango Mejía, que declaró inexequible el inciso tercero del artículo 513 del C.P.C., en el aparte que aludía a la suficiencia de la certificación del Director General de Presupuesto o su delegado para proceder al desembargo de rentas y recursos incorporados al presupuesto nacional, luego de revisar los pronunciamientos anteriores en relación con la materia de la inembargabilidad de los bienes del Estado, unificó su criterio e hizo claridad sobre el punto en los siguientes términos:

"d) Observaciones.

La Corte considera pertinentes algunas observaciones sobre esta materia:

Primera.- Según el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, "Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento". Lo anterior implica que tales autoridades deben hacer cuanto esté a su alcance para cumplir las sentencias en el menor tiempo posible, sin tomarse el término de 18 meses a que se refiere el artículo 177. Esto, con el fin de evitar que se causen, en perjuicio del tesoro público, los intereses comerciales y de mora consagrados en el inciso final del mismo artículo 177. El dilatar injustificadamente el cumplimiento de esta clase de fallos no sólo perjudica a los beneficiarios de los mismos, sino que representa una carga exagerada para el erario, y, en últimas, para el contribuyente.

Segunda.- Dispone el inciso cuarto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo: "Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecución". Esto quiere decir que transcurridos los 18 meses, es procedente la ejecución, acompañada de las medidas cautelares de embargo y secuestro, con sujeción a las normas procesales pertinentes.

Tercera.- Cuando se trata de un acto administrativo definitivo que preste mérito ejecutivo, esto es, que reconozca una obligación expresa, clara y exigible, obligación que surja exclusivamente del mismo acto, será procedente la ejecución después de los diez y ocho (18) meses, con sujeción a las nor-

mas procesales correspondientes. Pero, expresamente, se aclara que la obligación debe resultar del título mismo, sin que sea posible completar el acto administrativo con interpretaciones legales que no surjan del mismo".

2. La renuencia del Banco del Estado a cumplir unas órdenes judiciales de embargo de bienes de la Caja Nacional de Previsión Social.

El Banco del Estado, Oficina Principal de la ciudad de Cartagena, se abstuvo de cumplir las ordenes de embargo emitidas por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de dicha ciudad, dentro de los procesos ejecutivos laborales a que antes se hizo referencia, invocando la circular externa No. 18 de marzo 6 de 1992 de la Superintendencia Bancaria, que en la parte pertinente expresa:

"... una vez recibida una orden de embargo se solicitará certificación al Director General de Presupuesto o su delegado sobre la inembargabilidad de los recursos en depósitos. Una vez acreditada dicha calidad, los establecimientos de créditos, se abstendrán de hacer el embargo y manifestarán tales circunstancias al Juez respectivo".

"Igualmente se abstendrán de hacer efectivo el embargo en caso de haberse certificado anticipadamente por el Director General de Presupuesto o su Delegado, sobre la calidad de inembargables de los dineros consignados en cuentas determinadas de los establecimientos de crédito".

Observa la Sala que revisadas las funciones de la Superintendencia Bancaria y el Superintendente Bancario, para la fecha en que se expidió la circular antes mencionada, e igualmente las que les corresponden en la actualidad (decretos extraordinarios Nos. 1730 de julio 4 de 1991 y 663 de abril 2 de 1993), no aparece que dicha entidad ni el funcionario mencionado tengan competencia para regular las condiciones bajo las cuales los establecimientos bancarios pueden dar cumplimiento a las órdenes de embargo emanadas de los funcionarios judiciales. Por lo tanto, aprecia que dicha circular carece de sustento legal y, además, es inconstitucional porque los órganos administrativos no sólo están obligados a cumplir las decisiones judiciales (Sentencias T-554/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-128/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-537/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell, entre otras), sino que deben abstenerse de emitir actos administrativos para impedir que otras autoridades públicas o entidades privadas, como es el caso de los bancos, las cumplan, pues ello implica desconocer el orden jurídico que institucionaliza la Constitución, el derecho de acceso a la justicia, la separación de funciones estatales, la colaboración armónica entre las ramas del poder público y la autonomía funcional de las autoridades judiciales.

La Superintendencia Bancaria carece de competencia para determinar la procedencia o improcedencia de una orden de embargo emanada de un juzgado, pues es propio de la actividad judicial, cuando se trata de procesos de ejecución, determinar la suficiencia o idoneidad del título ejecutivo, librar el correspondiente mandamiento de pago, ordenar y hacer efectivas las medidas ejecutivas requeridas, previa definición de la procedencia del embargo, según la naturaleza jurídica de los bienes, resolver las peticiones de desembargo que formulen las partes y realizar los demás actos procesales propios de un proceso de esta naturaleza. Por consiguiente, cuando la Superintendencia Bancaria regula y condiciona la embargabilidad de dineros oficiales a través de la referida circular, invade la órbita de la competencia de los jueces en la materia ignora el principio de la separación de los poderes públicos y la autonomía judicial.

Resulta pertinente dejar consignado lo expuesto por la Corte en la Sentencia C-103 antes citada sobre la idoneidad de la certificación del Director General de Presupuesto o su delegado para que el juez proceda al desembargo de los bienes de una entidad pública trabados en una ejecución, según el inciso 3o. del art. 513 del C.P.C., declarado inexequible parcialmente. Dijo la Corte:

"b) En cuanto al inciso tercero del mismo artículo 513, cabe decir lo siguiente:

La redacción de la norma, al decir que "bastará certificación del Director General de Presupuesto o su delegado para acreditar el mencionado carácter de los bienes y se efectuará desembargo de los mismos a más tardar el día siguiente de haber sido presentada al juez dicha certificación.", priva al juez de la facultad de examinar la certificación en sí misma, a la luz de los demás elementos de juicio de que disponga, para decidir de conformidad con su propia autonomía. Es evidente que la certificación es una prueba, cuya evaluación compete al juez, para que éste no aparezca únicamente como el encargado de cumplir una especie de orden impartida por un funcionario de la rama ejecutiva. Por esto, se declarará inexequible la parte correspondiente, porque la Corte considera que vulnera el principio de la separación de los poderes y la autonomía de la rama judicial, consagrada en el artículo 228 de la Constitución".

Conforme al art. 4 de la Constitución Política y porque a juicio de la Sala la circular en cuestión resulta abiertamente violatoria de diferentes normas constitucionales, según los razonamientos que se han hecho anteriormente, se inaplicará para el caso concreto la referida circular.

3. El caso concreto.

3.1. Inexistencia de otro medio alternativo de defensa judicial.

Para definir el asunto sometido a la consideración de la Sala, es preciso determinar si, como lo dice el fallador de instancia, existe en el presente caso un medio alternativo de defensa judicial que excluya la acción de tutela, o por el contrario, es ésta el instrumento idóneo y efectivo para proteger los derechos constitucionales fundamentales que se estiman vulnerados.

No ignora la Sala la existencia del precepto del inciso 1 del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso laboral según el art. 145 del C.P.L., que consagra, entre los poderes disciplinarios del juez: "Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales 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".

Conforme al precepto primeramente mencionado, es obvio que el juez laboral, a quien no se le han cumplido las órdenes de embargo, puede exigir su observancia a través de los correspondientes requerimientos judiciales a la persona obligada a hacer efectivas dichas órdenes, y si ésta se coloca en posición de renuencia o de rebeldía contra lo decidido por el juzgado, aplicar las sanciones previstas.

No obstante, a juicio de la Corte el instrumento de coacción aludido para lograr el cumplimiento de la orden judicial puede eventualmente no resultar idóneo y efectivo, en los siguientes casos:

- Cuando, no obstante los requerimientos judiciales la persona obligada a acatar la orden de embargo se abstiene de hacerlo y el juez no aplica las sanciones correspondientes, con lo cual se queda sin cumplir el mandato judicial;

- En el evento de que la persona obligada a cumplir la orden de embargo prefiera pagar la multa y mantenerse en la posición de desacato a la orden judicial, con la consecuencia de que ésta queda incumplida.

En tales condiciones, estima la Sala que al resultar fallidos los mecanismos ordinarios de coacción, y en consecuencia resultar inane el medio de defensa judicial indicado, la tutela se erige en el instrumento idóneo para lograr el cumplimiento efectivo de la orden judicial, pues no se concibe que dentro del Estado de Derecho, donde los particulares están sometidos a la Constitución y a la ley, y sujetos a unos deberes que los obligan a respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y de colaborar con el buen funcio-

namiento de la administración de justicia (arts. 4 y 95-1-7 C.P.), se les permita a desconocer las providencias judiciales.

Concluye en consecuencia la Sala que, pese a la altemativa que consagra el art. 39 del C.P.C. y por las razones anotadas, es procedente la acción de tutela para hacer efectivo el cumplimiento de la orden judicial, lo cual a su vez es condición para la vigencia y realización del derecho fundamental.

3.2 Procedencia de la tutela impetrada

Reiteradamente la Corte Constitucional ha reconocido que los derechos a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad y a la seguridad social son fundamentales; dentro de este último se comprende el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones.

Al respecto esta Sala expresó lo siguiente:

"Con el fin de hacer realidad el reconocimiento constitucional a la dignidad de las personas, es necesario que el Estado garantice la efectividad de los derechos de las personas de la tercera edad, entre ellos, el derecho a la seguridad social, lo cual implica, la obligación de todos los estamentos oficiales de hacer realidad y traducir en hechos concretos sus postulados".

"Ante la pérdida de su capacidad laboral, las personas de la tercera edad están limitadas y a veces imposibilitadas para obtener los ingresos económicos que les permitan disfrutar de una especial calidad de vida; por consiguiente, el incumplimiento del pago de las prestaciones a su favor por las entidades de previsión social pueden significar atentados contra los derechos a la salud y a la vida".

"La especial protección que la Constitución ha dispuesto para las personas de la tercera edad (arts.46, 47 y 48), se traduce en la imperatividad de la norma del inciso 3o. del artículo 53, que dice:

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales."[1]

La negativa del Banco del Estado a atender las órdenes de embargo emanadas del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena configura una violación de los derechos fundamentales de los peticionarios, quienes acudieron al proceso ejecutivo laboral para obtener el pago de los reajustes a sus

---

1. Sentencia T-111/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

respectivas pensiones, pues indudablemente de la materialización de los referidos embargos depende el éxito de la acción ejecutiva.

Es preciso dejar en claro, que la Sala no se detiene en el examen del problema relativo a la existencia del título ejecutivo idóneo requerido para llevar a cabo cada una de las ejecuciones promovidas por los actores, según las orientaciones que aparecen consignadas en la sentencia C-103/94, a que se hizo alusión anteriormente, pues ello escapa a la competencia del juez de tutela.

El análisis relativo a la certeza de los derechos pretendidos y las condiciones para hacerlos efectivos, a través del proceso ejecutivo laboral, es asunto que corresponde privativamente al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, en forma autónoma y dentro de los límites de su respectiva competencia; significa ello, en consecuencia, que al titular del mencionado despacho se le puede exigir las responsabilidades que constitucional y legalmente le corresponden, en el evento de que haya ordenado la ejecución sin que exista título ejecutivo, en los términos de la aludida sentencia, o sin haber transcurrido el término de 18 meses de que trata el art. 177 del C.C.A.

En virtud de lo expuesto se deja en claro, que la Sala simplemente se ha ocupado de verificar que, en el presente caso, la omisión del Banco del Estado de cumplir las referidas órdenes de embargo, pese a los requerimientos que se le hicieron, implicó la violación de los derechos fundamentales de los petentes a la seguridad social y al pago oportuno de los reajustes pensionales, bajo el entendido de que los mandamientos de pago librados por el juzgado hay que presumirlos ajustados a la ley, mientras estén vigentes.

En atención a las consideraciones anteriores se revocará la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y, en su lugar, se concederá la tutela de los mencionados derechos fundamentales.

IV. DECISION

En mérito a 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. Inaplícase por inconstitucional en el presente caso, de conformidad con el art. 4 de la Constitución Política, la circular No. 18 de fecha Marzo 6 de 1992 originaria de la Superintendencia Bancaria.

Enviése copia de ésta Sentencia a dicha Superintendencia.

Segundo. Revocar la sentencia de fecha 18 de agosto de 1994 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante la cual se negó la tutela impetrada por los señores Clemente Meneses López, Tiburcio Loret Negrete y Martín J. Esquivel Camargo y, en su lugar, concédese la tutela de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al pago de los reajustes a sus pensiones de jubilación, decretadas por la Caja Nacional de Previsión Social y ordénase al Banco del Estado oficina principal La Matuna de la ciudad de Cartagena dar cumplimiento a las órdenes de embargo emanadas del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, emitidas dentro de los procesos adelantados por los señores Clemente Meneses López, Tiburcio Loret Negrete y Martín J. Esquivel Camargo.

Tercero. Líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí previstos.

Notifíquese, cópiese, 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-032
de febrero 06 de 1995

DERECHO A LA COMUNICACION - Alcance / **DERECHO A LA COMUNICACION** - Instalación de teléfono

El derecho a la comunicación tiene un sentido mucho más amplio, pues su núcleo esencial no consiste en el acceso a determinado medio o sistema sino en la libre opción de establecer contacto con otras personas, en el curso de un proceso que incorpora la mutua emisión de mensajes, su recepción, procesamiento mental y respuesta, bien que ello se haga mediante el uso directo del lenguaje, la escritura o los símbolos, o por aplicación de la tecnología. En el caso presente no se afectó el núcleo esencial del derecho a la comunicación, pues aun en el supuesto de que el recaudo de cuotas para la extensión del cable telefónico hasta el lugar de su vivienda hubiera implicado excluir al demandante del servicio solicitado -no aconteció así, según lo que obra en el expediente-, nada indica que por ello quedara absolutamente incomunicado. No se le prohibió acceder a otros medios y ni siquiera se le negó sino que le fue razonablemente condicionada la conexión del teléfono.

SERVICIOS PUBLICOS - Participación de la comunidad / **CONDUCTA LEGITIMA**

Mientras se ajusten a las normas legales en vigor y su función repercuta en el beneficio general, las organizaciones comunitarias constituyen elementos de gran importancia para el logro de los objetivos constitucionales, en especial el relativo a la garantía de un orden político, económico y social justo dentro de un sistema democrático y participativo (C.P., Preámbulo). Ninguna disposición de la Carta excluye que, en ese orden de ideas, puedan celebrarse convenios o acuerdos entre las entidades públicas y dichas organizaciones para buscar, merced a la integración y coordinación de esfuerzos, objetivos concretos de servicio público en diversas materias y en todas las áreas del territorio nacional. La Corte encuentra absolutamente infundada la acción en

este caso, ya que la actuación del demandado es perfectamente legítima, en cuanto se ha limitado a contribuir con su actividad al logro de un propósito colectivo, en el marco de un convenio cuya validez no ha sido cuestionada y que tiene un objeto acorde con los lineamientos constitucionales. El particular demandado no está encargado de la prestación de un servicio público, función propia de Telecom. Cosa distinta es que haya colaborado, como lo hizo en ejercicio del convenio, para el buen éxito de la empresa comunitaria emprendida.

-Sala Quinta de Revisión-

Ref.: Expediente T-46655

Acción de tutela instaurada por Cristo Alfonso Forero Barahona contra Alirio Segura.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta del seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Se revisan los fallos de tutela proferidos en el asunto de la referencia por los juzgados Promiscuo Municipal de Machetá y Civil del Circuito de Chocontá -Departamento de Cundinamarca-

I. INFORMACION PRELIMINAR

La acción instaurada por Cristo Alfonso Forero Barahona contra el Presidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda de Quebradahonda en el Municipio de Machetá tiene su origen en los hechos que a continuación se relatan:

El 16 de diciembre de 1991 el accionante presentó a la Oficina de Telecom del municipio una solicitud para que le fuera instalado el servicio telefónico en una finca de su propiedad.

Según lo expuesto en la demanda, el peticionario consignó la suma de doscientos cincuenta y cinco mil pesos M/cte ($255.000.oo), para cancelar los derechos a la línea telefónica, de acuerdo con el precio que -dice el actor- fue acordado entre el Gerente Regional de Telecom y el Alcalde Municipal. La consignación se efectuó en la Caja Agraria de la localidad, a órdenes de la empresa estatal.

Precisó la demanda que se nombró un Comité denominado "Pro Teléfonos de Machetá -COTELMA-", encargado de intermediar entre Telecom y los usuarios.

Manifestó el accionante que el Presidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda de Quebradahonda, ignorando al mencionado Comité, reunió a los usuarios de la Vereda y, alegando que los materiales subirían de precio en corto tiempo, les impuso la obligación de depositar "una cantidad que él fijó a su capricho" antes del 30 de junio de 1994, so pena de quedarse sin teléfono.

De acuerdo con la demanda, Segura dividió a los usuarios en cuatro grupos y distribuyó entre ellos, a su talante, la suma que cada uno debería cancelar. Al actor -según afirma- le correspondió, como único caso entre todos los habitantes de la Vereda, la cantidad de quinientos diez mil pesos Mcte ($510.000.oo), adicionales a los que ya había cancelado.

Declaró el petente que la mencionada cuota debe ser cancelada en la casa de Alirio Segura, no en la Caja Agraria como se hizo con el derecho a la línea.

Segura -expresó la demanda- no ha presentado a la comunidad ningún estudio sobre las distancias para evaluar los costos que debe cubrir cada usuario, ni ha expuesto documentación alguna sobre sus gestiones ante Telecom. Tampoco ha dicho dónde deposita los dineros recibidos ni se sabe cuál es la forma de pago al contratista.

El accionante pidió al juez de tutela que ordenara a Segura "entregar un informe de la situación aquí expuesta y la documentación que él debe tener en su poder relacionada con la instalación de los teléfonos".

A la demanda se acompañó la fotocopia de una carta de fecha 2 de julio de 1994, remitida a Cristo Alfonso Forero Barahona por la firma contratista, "Electro Méndez y Compañía Ltda", en la cual se le manifiesta que, como la mayoría de los veintiséis usuarios del servicio telefónico autorizaron al señor Alirio Segura para que los representara en la contratación de la obra, a Forero le corresponderá cancelar la indicada suma, de acuerdo con el grupo y dada la distancia de su finca. En la misiva se le ruega entenderse exclusivamente con el señor Segura "para que tenga derecho al servicio del teléfono".

A juicio del actor, le han sido violados sus derechos a la comunicación y a la igualdad.

II. DECISIONES JUDICIALES

El juez de primera instancia, que lo fue el Promiscuo de Machetá, resolvió inadmitir por improcedente la acción de tutela e indicar al petente, como solución alternativa, la de dirigirse a las autoridades municipales a efecto de plantear las quejas y reclamos respecto a la obtención del servicio telefónico.

Para el juez, los derechos invocados por el peticionario -la comunicación y la igualdad- no son fundamentales.

Afirma en torno al primero:

"Aunque no pretende desconocer este Despacho que, en efecto, la comunicación telefónica de cualquier unidad habitacional es un derecho de los conciudadanos, no se puede por eso darle la categoría de derecho fundamental (...). No por el hecho de que en tal o cual parte no se cuente con servicio telefónico podemos válidamente inferir que quien se vea afectado con tal situación se encuentre incomunicado, que sería la violación efectiva del derecho a la comunicación".

Respecto del segundo manifiesta:

"En cuanto al otro de los derechos citados, esto es, el derecho a la igualdad de condiciones respecto de los demás usuarios del servicio (...), encuentra el Despacho las mismas observaciones, es decir, tampoco de él se puede predicar con validez la categoría de derecho fundamental.

(...)

Si al tutelante se cobra más o menos por su aspiración válida de obtener para su unidad habitacional el servicio telefónico, no por ello ha de entenderse que se le está de alguna manera discriminando o desconociendo su igualdad con los demás vecinos. No; se trata sin lugar a dudas de factores operativos y de necesidad del servicio atendiendo muy seguramente aspectos como la instalación de las respectivas redes, costos de instalación y demás situaciones de factibilidad, de las cuales tienen exacto conocimiento las entidades u oficinas creadas para el efecto".

Dice finalmente el fallador que ni siquiera como medio alternativo de protección puede considerarse viable la acción instaurada, por cuanto existen otras vías para formular las pertinentes reclamaciones. Así, la de dirigirse a las autoridades municipales y a las entidades encargadas de la prestación del servicio de telefonía.

Impugnado el fallo, el Juez Civil del Circuito de Chocontá lo confirmó en todas sus partes.

La providencia de segunda instancia se refirió a la normatividad relacionada con el ejercicio de la acción de tutela contra particulares, haciendo ver que no es posible intentarla sino en los casos contemplados por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

A su juicio, en este caso el derecho invocado no corresponde a salud ni educación y la acción no está dirigida contra el encargado de prestar un servicio público domiciliario. Estos son -expresó- los servicios públicos básicos, como lo son los de acueducto, energía eléctrica y aseo, cuando sean indispensables para garantizar la vida y la salud, "no encontrándose dentro de ellos el correspondiente a instalación de servicio telefónico".

Señaló que, en el asunto materia del proceso, se trata de la instalación del servicio de teléfono, la cual puede llevar a cabo el usuario por su cuenta.

Por otra parte -añadió- la acción instaurada no se dirige a obtener la instalación de dicho servicio, sino a que el señor Alirio Segura entregue informe y documentación, solicitud que no es procedente por vía de tutela, ya que esta acción preferente y sumaria está dirigida a la protección de derechos fundamentales a falta de otros medios o mecanismos de actuación judicial.

Concluyó entonces que, como existe el mecanismo anotado en la providencia impugnada para efectos de obtener lo solicitado por el accionante, quien también puede acudir a la vía ordinaria en aras de obtener la indemnización por perjuicios en el evento de que se le hubiera cobrado un mayor valor que a los demás usuarios en igualdad de circunstancias, la acción no tenía lugar.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos que se acaban de resumir, pues así lo disponen los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991.

Alcance constitucional del derecho a la comunicación

Uno de los motivos alegados por el peticionario para intentar la acción de tutela consistió en que, a su juicio, le estaba siendo violado el derecho a la comunicación, que considera fundamental, en cuanto, por la actitud y conducta del demandado, se le impedía obtener la línea telefónica por él solicitada.

La invocación de un derecho ante los jueces de tutela debe llevar a que éstos, como lo hizo el de primera instancia en el presente caso, diluciden en primer término si en realidad tiene el carácter de fundamental y seguidamente establezcan si, consideradas las circunstancias concretas, ha sido violado o amenazado.

Como también lo sugiere una de las providencias materia de examen, la Corte juzga necesario distinguir entre el derecho a la comunicación en su sentido genérico y el que tiene una persona o entidad a que en el lugar de vivienda, trabajo o descanso, o en la sede en que se desarrollan actividades comerciales, industriales, educativas o de otra índole se cuente con la conexión del servicio telefónico.

Para la Corte es evidente que la carencia del específico instrumento de comunicación de que se trata, aunque puede afectar los intereses del individuo y generarle dificultades prácticas de mayor o menor intensidad -depende de sus necesidades y circunstancias-, no representa per se una vulneración de derechos fundamentales. Para que éstos resultasen afectados por una privación del teléfono se requeriría la concurrencia de otros factores y motivos circunstanciales, como sería el caso, por ejemplo, de que la persona fuera discriminada al serle negado el servicio, pese a cumplir los requisitos pertinentes, por su raza, su religión o su filiación política, ya que ello implicaría una abierta ruptura del principio constitucional de la igualdad; o el de alguien que, justamente por no disponer de otros medios, quedara absolutamente excluído de toda posibilidad de comunicación.

Considera la Corte que el derecho a la comunicación tiene un sentido mucho más amplio, pues su núcleo esencial no consiste en el acceso a determinado medio o sistema sino en la libre opción de establecer contacto con otras personas, en el curso de un proceso que incorpora la mutua emisión de mensajes, su recepción, procesamiento mental y respuesta, bien que ello se haga mediante el uso directo del lenguaje, la escritura o los símbolos, o por aplicación de la tecnología.

La Constitución Política no destina un artículo específico a la garantía del aludido derecho, pero éste sale a flote, como propio e inalienable de toda persona, cuando se integran sistemáticamente varios principios y preceptos constitucionales, entre otros los consagrados en los artículos 5 (primacía de los derechos inalienables de la persona), 12 (prohibición de la desaparición forzada y de tratos inhumanos o degradantes), 15 (inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 20 (libertad de expresión y derecho a emitir y recibir información), 23 (derecho de petición), 28 (libertad personal), 37 (libertad de reunión), 40 (derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político), 73 (protección de la actividad periodística), 74 (derecho de acceso a los documentos públicos) y 75 (igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético), garantías todas éstas que carecerían de efectividad si no se asegurara que la persona goza de un derecho fundamental a comunicarse.

Aunque ello no fuera así, la ausencia de nominación, definición o referencia expresa de un derecho en los textos positivos no puede asumirse como criterio de verdad para negar que exista. Tal es el sentido del artículo 94 de la Constitución Política, según el cual la enunciación de los derechos y garantías tanto en su propio articulado como en el de los convenios internacionales vigentes, "no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

Dentro de ese criterio, que excluye toda concepción literal y taxativa de los derechos -como corresponde a un sistema jurídico que prohíja el respecto a la dignidad humana-, no cabe duda de que la naturaleza racional y sociable del hombre, no menos que su excepcional aptitud para la expresión verbal y escrita, hacen indispensable, para su desarrollo individual y para la convivencia a la cual tiende de manera espontánea, la posibilidad de establecer comunicación con sus congéneres.

En el caso presente no se afectó el núcleo esencial del derecho a la comunicación, pues aun en el supuesto de que el recaudo de cuotas para la extensión del cable telefónico hasta el lugar de su vivienda hubiera implicado excluir al demandante del servicio solicitado -no aconteció así, según lo que obra en el expediente-, nada indica que por ello quedara absolutamente incomunicado. No se le prohibió acceder a otros medios y ni siquiera se le negó sino que le fue razonablemente condicionada la conexión del teléfono.

Por no ser pertinente para resolver en el presente asunto, se abstiene la Corte de profundizar en la variada gama de temas de suscita el Derecho Constitucional de las comunicaciones, pero advierte que él tiene firme arraigo en la preceptiva de la Carta Política en vigor, como quiera que mediante ella se superó el restringido concepto de la libertad de prensa, que se plasmaba en el artículo 42 de la Constitución de 1886, y se amplió considerablemente el radio de las garantías que exige el desarrollo tecnológico y la complejidad de las relaciones intrasubjetivas del presente.

Participación de la comunidad en la extensión y prestación de los servicios públicos

En el contexto de la democracia participativa, resulta esencial la incorporación de los particulares y de la comunidad a la gestión de los asuntos de interés colectivo, en cuanto no se trate del ejercicio de competencias definidas por la normatividad como privativas de ciertos órganos o funcionarios.

Por ello el artículo 2º de la Constitución destaca como fines esenciales del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y el de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Especial importancia tiene este criterio en lo que se relaciona con la extensión y prestación de los servicios públicos. Aunque el deber primordial de asegurar su eficiente cobertura en todo el territorio corresponde al Estado, el artículo 365 de la Carta establece que podrán ser prestados por aquél, directa o indirectamente, o por particulares, siempre, claro está, bajo la regulación, el control y la vigilancia estatales.

Si la Constitución da lugar a que los particulares y las comunidades asuman este tipo de tareas, en el marco de las condiciones que fije la ley, a la vez que garantiza la libre iniciativa privada dentro de los límites del bien común (Artículo 333 C.P.), a la luz de su preceptiva las personas tienen todas las posibilidades de vincularse, individual o colectivamente, a la gestión que desarrollan los entes oficiales que coordinan o prestan los servicios públicos, para contribuir, con sus actividades, al logro de fines tales como la ampliación, eficiencia y desarrollo de aquéllos.

Por ello, mientras se ajusten a las normas legales en vigor y su función repercuta en el beneficio general, las organizaciones comunitarias constituyen elementos de gran importancia para el logro de los objetivos constitucionales, en especial el relativo a la garantía de un orden político, económico y social justo dentro de un sistema democrático y participativo (C.P., Preámbulo).

Ninguna disposición de la Carta excluye que, en ese orden de ideas, puedan celebrarse convenios o acuerdos entre las entidades públicas y dichas organizaciones para buscar, merced a la integración y coordinación de esfuerzos, objetivos concretos de servicio público en diversas materias y en todas las áreas del territorio nacional.

Las gestiones que en esa virtud cumplen los particulares, mientras se sujeten a la ley y tengan por objeto un verdadero y transparente ejercicio que cuide ante todo el beneficio de la comunidad, son formas plausibles de cristalizar el principio constitucional de la solidaridad (Artículo 1º C.P.), al cual se ha referido esta misma Sala de la Corte en los siguientes términos:

"La solidaridad, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa "adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros", tiene aplicación en el campo jurídico dentro de la teoría de las obligaciones, en la cual asume las conocidas formas activa y pasiva, y también en materia de responsabilidad.

Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber - impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.

Pero fundamentalmente se trata de un principio que inspira la conducta de los individuos para fundar la convivencia en la cooperación y no en el egoísmo.

Según el artículo 1° de la Carta, la solidaridad entre los integrantes de la organización política que ella estructura constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho. Al tenor del artículo 95, numeral 2, uno de los deberes de la persona y del ciudadano radica en "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas".

La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas". (Cfr, Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Fallo T-550 del 2 de diciembre de 1994).

Ahora bien, como ya se dijo, la contribución comunitaria puede implicar, según la Carta Política, que las organizaciones correspondientes asuman, bajo el control, la vigilancia y la regulación del Estado, la prestación de los servicios públicos, pero no necesariamente deben hacerlo. Su aporte puede ser muy valioso en variados aspectos tales como la mayor cobertura del servicio, la infraestructura indispensable para su conexión, la intermediación entre la entidad que lo presta y los usuarios, o la orientación de recursos humanos y económicos hacia los propósitos de interés común.

El caso concreto

Uno de los argumentos expuestos por el actor para obtener protección judicial en este caso radica en que un particular coordina las gestiones que se llevan a cabo en su vereda respecto de la prestación del servicio público de telefonía.

Entre las pruebas presentadas a la Corte por el Alcalde Municipal de Machetá se encuentra una copia del "Convenio de Cooperación Técnica y Económica celebrado entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM- y el Comité de Usuarios Pro-teléfonos de Machetá".

Después de declarar que se hace indispensable aunar esfuerzos entre Telecom y la comunidad para la prestación del servicio público, los firmantes del Convenio señalaron su objeto: "...establecer mutua cooperación técnica y

económica entre las partes, para efectos de elaborar un proyecto de telefonía para dotar de servicio telefónico automático a trescientos (300) abonados del municipio de MACHETA y su zona de influencia del Departamento de Cundinamarca".

Telecom se comprometió, entre otras cosas, a adelantar los estudios de ingeniería requeridos para la ejecución del proyecto; a suministrar e instalar una central telefónica para trescientos abonados; a suministrar e instalar un radio-enlace; a conectar el servicio a la red troncal de larga distancia nacional e internacional; a asignar la numeración para la central de conmutación; a prestar los servicios de asesoría necesarios con el fin de poner en funcionamiento el sistema; a aportar el edificio y las obras civiles para la instalación del mismo y a suministrar una red telefónica para 100 pares y una planta eléctrica.

Por su parte el comité, constituído por los usuarios, se obligó a ampliar la red externa en el casco urbano y rural a un mínimo de 350 pares; a adelantar las obras de acometida eléctrica para el suministro de energía a la nueva central telefónica; a efectuar las obras civiles para la colocación de la central telefónica y su interconexión con el edificio de Telecom; a ejecutar la instalación de abonados y a recolectar los aportes económicos de los usuarios para la financiación de las obras a su cargo.

De los documentos que obran en el expediente puede también concluirse que ALIRIO SEGURA, el demandado, ha venido interviniendo en el recaudo de los dineros destinados a la extensión de la red telefónica por designación que hizo la comunidad, asignándole la calidad de coordinador, no porque haya asumido ese papel de manera ilícita o arbitraria, como podría concluirse de la demanda.

La Corte encuentra absolutamente infundada la acción en este caso, ya que la actuación de SEGURA es perfectamente legítima, en cuanto se ha limitado a contribuir con su actividad al logro de un propósito colectivo, en el marco de un convenio cuya validez no ha sido cuestionada y que tiene un objeto acorde con los lineamientos constitucionales, según lo dicho.

La tutela solicitada no podía prosperar por cuanto, a la luz del artículo 86 de la Constitución, no se configuraba ninguna de las hipótesis excepcionales que la hacen procedente.

En efecto, el particular demandado no está encargado de la prestación de un servicio público, función propia de Telecom. Cosa distinta es que haya colaborado, como lo hizo en ejercicio del convenio, para el buen éxito de la empresa comunitaria emprendida.

Tampoco asumió una conducta que afectara grave y directamente el interés público. Por el contrario, con sus gestiones éste resultó favorecido.

Además, de ninguna manera puede hablarse de que en esta oportunidad existan relaciones de subordinación o indefensión entre el accionante y la persona contra quien se dirige la acción.

Por otra parte, el presente caso encaja en la previsión del artículo 45 del Decreto 2591 de 1991: "No se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular".

En ese aspecto, cabe reiterar lo afirmado por la Sala en reciente providencia:

"...el aludido precepto no consagra una causal de improcedencia de la acción, sino un motivo para que, aun siendo aquélla procedente a la luz de los artículos 86 de la Constitución y 42 del mismo Decreto 2591 de 1991, se niegue el amparo judicial, previo el estudio de fondo sobre los hechos aducidos y las circunstancias en medio de las cuales tuvieron lugar, a la luz de la normatividad aplicable.

El objetivo de la norma consiste en asegurar que la acción de tutela se ejerza únicamente sobre los supuestos constitucionales de la violación o amenaza de los derechos fundamentales, ocasionadas por acciones u omisiones contrarias al ordenamiento jurídico.

Se desarrolla, en últimas, el artículo 6º de la Constitución Política, a cuyo tenor los particulares sólo son responsables ante las autoridades -en este caso los jueces de tutela- por infringir la Constitución o las leyes".

(...)

" La conducta legítima del particular es, entonces, la que tiene respaldo en el ordenamiento jurídico vigente al momento de actuar. Si el juez la encuentra configurada al analizar los hechos que se someten a su consideración, sin que, por otra parte, se pueda establecer un ejercicio abusivo de sus derechos, no le está permitido conceder una tutela contra aquél, pues ello significaría deducirle responsabilidad por haberse ceñido a los mandatos que lo vinculaban.

Al contrario, probada la violación o la amenaza de un derecho fundamental como consecuencia del comportamiento ilegítimo del particular contra quien la acción se instaura, lo cual implica la certidumbre de que su conducta -positiva o negativa- contradice o ignora los mandatos constitucionales o se aparta de las prescripciones de la ley, o representa abuso, ha de otorgarse

la protección judicial, con el fin de hacerle exigible, en el terreno práctico y con la efectividad suficiente, el adecuado cumplimiento del orden jurídico, salvaguardando a la vez las garantías constitucionales del accionante.

Insiste la Corte en que el respeto al orden instituido debe estar acompañado del razonable uso de los derechos que se tienen a la luz del sistema jurídico. El abuso del derecho, aunque éste se halle amparado formalmente en una norma jurídica, no legítima la conducta de quien actúa en perjuicio de la colectividad o afectando los derechos ajenos. De allí que el artículo 95 de la Constitución establezca, como primer deber de la persona y del ciudadano, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-017 del 16 de enero de 1995).

Resulta evidente que no ha sido vulnerado el derecho fundamental a la igualdad, invocado por el actor, pues aquél -que, dicho sea de paso, sí es fundamental, contra lo sostenido en uno de los fallos de instancia- no consiste en dar trato exacto a situaciones disímiles. En el proceso se ha establecido que la diferencia de la cuota asignada a FORERO BARAHONA tiene su origen y justificación en la mayor distancia de su finca respecto de la central telefónica.

Ha sostenido al respecto esta Corporación:

"El objeto de la garantía ofrecida a toda persona en el artículo 13 de la Carta no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todos idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de razonables distinciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo ciego y formal en realidad se establezca, se favorezca o se acreciente la desigualdad. Para ser objetiva y justa, la regla de la igualdad ante la ley, no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes.

La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionados a aquellas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta.

De allí que el mismo artículo constitucional en mención haya estatuido que la actividad estatal se orientará al logro de la igualdad real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados y prote-

giendo especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en posición de debilidad manifiesta. Esta función, que tiene fundamento en el concepto del Estado Social de Derecho, excluye las tendencias que pretenden hacer de la igualdad un rasero único, inmodificable y no susceptible de adaptaciones". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-094 del 27 de febrero de 1993).

Finalmente, ha de advertirse que la acción de tutela no constituye mecanismo apto para obtener que un particular rinda cuentas a otro, como lo pretende el accionante, pues al efecto la legislación ha consagrado otras vías judiciales.

Se confirmarán los fallos de instancia, aunque respecto del primero de ellos debe anotarse que no es exacta su afirmación en el sentido de que el servicio telefónico no tenga el carácter de público domiciliario. Basta citar el artículo 1° de la Ley 142 de 1994, que regula este tipo de servicios, cuyo texto dice:

"Artículo 1°. Ambito de aplicación de la ley. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, **telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural**; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley" (subraya la Corte).

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR, por las razones que anteceden, las sentencias proferidas por los juzgados Promiscuo Municipal de Machetá y Civil de Circuito de Chocontá el 15 de julio y el 12 de agosto de 1994, respectivamente, por medio de los cuales se negó la acción de tutela solicitada por CRISTO ALFONSO FORERO BARAHONA.

Segundo.- LIBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-033
de febrero 06 de 1995

LEGITIMACION POR ACTIVA

De los hechos y pretensiones de la demanda, se puede deducir que existe por parte de la peticionaria más que la simple intención de amparar una situación de hecho concreta y personal (cual es la supuesta amenaza o vulneración de su derecho a la vida), el propósito de proteger derechos e intereses colectivos de los vecinos de la vereda, a través de la construcción de un carreteable. En consecuencia, al no haber acreditado la calidad de representante o agente oficiosa de los vecinos, no está facultada para solicitar el amparo de sus derechos.

CARRETERA - Construcción

La no construcción de una carretera. Para la Corte es claro que la no construcción de una vía pública no puede, en términos generales, ser considerada como vulneración o amenaza de un derecho fundamental, menos aún del derecho a la vida, cuyo núcleo esencial no se afecta por este solo hecho.

EJECUCION DE OBRAS PUBLICAS EN TUTELA
- Improcedencia / **COGOBIERNO**

La acción de tutela es improcedente en los casos en que se trate de obtener la ejecución de una determinada obra pública, como en el presente caso, pues estaría el juez a través de su decisión, interfiriendo en materias de política administrativa y conduciendo a un co-gobierno de la rama judicial.

Ref.: Expediente No. T - 46.954

Peticionario: Ana Graciela Beltrán de González

Procedencia: Juzgado Civil del Circuito de Villeta

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Tema: *Improcedencia de la acción de tutela, acciones populares.*

Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de febrero 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,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-46.954, adelantado por Ana Graciela Beltrán de González como vocera de los habitantes de la vereda "Palacio", del municipio de Sasaima, contra la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca.

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

La ciudadana Graciela Beltrán de González interpuso ante el Juzgado Civil del Circuito de Villeta acción de tutela, con el fin de amparar el derecho fundamental a la vida de los habitantes de la vereda "Palacio" del municipio de Sasaima, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política.

2. Hechos

Afirma la peticionaria, que la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, inició la construcción de un carreteable que co-

municara la vereda "Palacio" del municipio de Sasaima, con alguna de las carreteras vecinales que conducen al municipio de Villeta.

Que iniciadas las obras se observó que el trazo afectaba los nacimientos y fuentes hídricas de la vereda, razón por la cual sus habitantes se vieron obligados a interponer acción de tutela, con el propósito de que las obras fueran suspendidas y se ordenaran las acciones necesarias para la reforestación y diseño de un nuevo trazo de la carretera, bajo la supervisión de los habitantes de la vereda.

Señala la actora que "la tutela instaurada inicialmete, fue desistida, pues la SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS no sólo paró la obra sino que se comprometió a la reforestación de la zona y hacer un nuevo trazo de la carretera".

De acuerdo con lo señalado en la demanda, la mencionada entidad no había cumplido lo acordado, pues se limitó únicamente a la reforestación de la zona, pero no inició la nueva construcción, por esta razón la señora Beltrán de González, actuando como vocera de los vecinos de la vereda, interpuso otra acción de tutela, en procura de que se reiniciaran los trabajos de construcción del carreteable, con un trazo que no afectara las fuentes hídricas de la localidad.

3. Pretensiones

Solicita la actora que, como consecuencia del amparo del derecho conculcado, se ordene a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, el trazo de la carretera de conformidad con los intereses de los moradores de la vereda y, además, que dentro del mes siguiente a la aprobación del trazo, se tenga terminada dicha carretera.

II. ACTUACION PROCESAL

1. Unica instancia

El Juzgado Civil del Circuito de Villeta, mediante providencia de fecha treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), resolvió denegar la acción de tutela impetrada por Ana Graciela Beltrán de González, contra la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca.

Consideró el Juzgado, que la acción de tutela "se instauró para garantizar los derechos CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES". Sin embargo, el derecho a tener carreteras no es un derecho fundamental, pues la pretensión

de darse por terminada una carretera, en nada incide con el derecho a la vida. "Si bien la ciencia ayuda a un rápido y eficaz logro de beneficios y acortamientos de distancias, sin esos beneficios también puede el ser humano subsistir", afirma el Juzgado.

Asimismo, recuerda el a-quo, que la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela es entendida como un procedimiento breve y sumario, la cual en caso de prosperar, lleva consigo el pronunciamiento de órdenes judiciales de inmediato cumplimiento. "Por ello es improcedente utilizarla cuando se trate de obtener el que se lleve a cabo determinada obra pública, por el solo hecho de estar previsto en el presupuesto o partida que la autorice. Aceptar que el Juez de tutela, sin tener certeza sobre la existencia y disponibilidad del recurso pudiera exigir de la administración la ejecución de todo rubro presupuestal en un término tan perentorio como el que contempla el artículo 29 num. 5. del Decreto 2591 de 1991, bajo el apremio de las sanciones contempladas en los artículos 52 y 53 del mismo, llevaría a un cogobiemo de la Rama judicial, en abierta violación del artículo 113 de la Carta Política, desnaturalizaría el concepto de gestión administrativa y haría irresponsable al Gobiemo por la ejecución del presupuesto, en cuanto a que ella pasaría a depender de las determinaciones judiciales."

La decisión no fue impugnada por ninguna de las partes.

IV. 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 caso concreto

2.1 Legitimación en el ejercicio de la acción de tutela

Como en repetidas ocasiones lo ha señalado esta Corporación, es titular de la acción de tutela, de acuerdo con los parámetros establecidos en la Constitución y en la Ley, toda persona a quien se le han vulnerado o amenazado sus derechos fundamentales, por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que defina la ley. Por tanto, es la persona afectada, en forma directa o a través de apoderado judicial, quien puede acudir ante los jueces, para que se le proteja o restablezca su derecho, o cesen las amenazas que pesan sobre ella.

Asimismo, el Legislador (Decreto 2591 de 1991, art. 10), buscando facilitar el ejercicio de la acción de tutela, previó que se puedan agenciar derechos ajenos, en aquellos eventos en que el titular de los mismos no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa. En este caso, deberá manifestarse en la solicitud de tutela, que la persona afectada se encuentra en dificultades para presentarse directamente a demandar la protección de su derecho

Sobre el particular, ha señalado esta Corporación:

"No basta, expresar en abstracto la hipótesis de la violación o amenaza de vulneración de un derecho fundamental e indicar la autoridad o el particular supuestamente causante o responsable de ésta; es indispensable que se señale a la persona o grupo de personas en cuyo nombre se actúa en condición de representante o de agente oficioso (acreditando dicha calidad como lo exige la ley) o, si se presenta en nombre propio, la identificación del titular de la acción, al igual que la manifestación de las razones por las cuales no le es posible actuar directamente." (Sentencia No. T-113 de 1994, Magistrado Ponente doctor Hernando Herrera Vergara)

Es claro entonces, que la acción de tutela sólo puede ser ejercida por la persona afectada, directamente o por apoderado judicial, o bien en desarrollo de la agencia oficiosa, en los términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Así las cosas, en el caso que ocupa la atención de esta Sala, se observa que la accionante no está legitimada para solicitar como vocera de los vecinos de la vereda "Palacio" del municipio de Sasaima, la protección del derecho constitucional fundamental a la vida de éstos, teniendo en cuenta que no acreditó, como así se deduce de la lectura del expediente, poder o autorización para actuar en su nombre.

Igualmente, de los hechos y pretensiones de la demanda, se puede deducir que existe por parte de la peticionaria más que la simple intención de amparar una situación de hecho concreta y personal (cual es la supuesta amenaza o vulneración de su derecho a la vida), el propósito de proteger derechos e intereses colectivos de los vecinos de la vereda "Palacio", a través de la construcción de un carreteable. En consecuencia, al no haber acreditado la calidad de representante o agente oficiosa de los vecinos, no está facultada para solicitar el amparo de sus derechos, de acuerdo con lo señalado en los artículos 86 de la Constitución Política, 10o. del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación.

2.2 Improcedencia de la acción de tutela cuando se trata de amparar derechos o intereses colectivos.

En el presente caso, constituye premisa principal la petición formulada por la actora para que se ampare su derecho a la vida y el de los vecinos de la vereda "Palacio", del municipio de Sasaima, frente a la omisión de la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca, al no reiniciar las obras de construcción del carreteable que busca empalmar dicha vereda, con alguna de las carreteras vecinales que conducen al municipio de Villeta.

Sobre el particular, debe manifestarse que la acción de tutela tiene entre sus principales características, la de ser un mecanismo excepcional de protección de los derechos constitucionales fundamentales, de carácter particular y concreto. Por tanto, si lo que se busca es proteger derechos o intereses generales, quien se vea amenazado o afectado en uno de tales derechos, puede lograr su protección a través de las acciones populares, las cuales además de estar consagradas en el artículo 88 de la Constitución Política, encuentran desarrollo legal en los artículos 1005 y s.s. del Código Civil, e igualmente en otras disposiciones de la legislación nacional.

No obstante lo anterior, la Corte ha sostenido la posibilidad de que, en forma excepcional, se pueda invocar la acción de tutela cuando a pesar de existir un interés colectivo, la situación que lo afecta repercuta también en forma directa, en violación o amenaza a derechos fundamentales individuales y concretos, pero siempre y cuando, quien interponga la acción acredite su interés específico. En el presente caso, observa la Sala que la actora no acredita una situación específica y concreta de amenaza o vulneración del derecho a la vida de ella ni de sus vecinos, que pudiera llevar a esta Corporación, a decretar el amparo del derecho fundamental invocado, ni de cualquier otro derecho.

Tampoco precisó la actora en forma concreta, las personas que se encuentran amenazadas o vulneradas en su derecho a la vida, por la omisión de la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca, pues sólo se refirió a los vecinos de la vereda en una forma genérica. No era posible así abordar a fondo el estudio de la tutela impetrada, por cuanto el uso de expresiones abstractas o genéricas no se ajusta a las exigencias legales del ejercicio de la acción de tutela.

Sin embargo, la Sala considera pertinente referirse a un punto concreto de la alegación de la accionante, en el sentido de que se está vulnerando su derecho a la vida y el de sus vecinos por la no construcción de una carretera. Para la Corte es claro que la no construcción de una vía pública no puede, en términos generales, ser considerada como vulneración o amenaza de un

derecho fundamental, menos aún del derecho a la vida, cuyo núcleo esencial no se afecta por este solo hecho. Sostener lo contrario llevaría al absurdo de que la carencia de vías de comunicación en extensísimas regiones del territorio nacional implicaría que se está negando el más fundamental de los derechos a los millones de compatriotas que en ellas habitan y han habitado desde tiempos remotos, todos los cuales han podido hacer uso del derecho a la vida sin la existencia de carreteras. Es cierto sí que su construcción y puesta en servicio contribuye al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y al más expeditoi desarrollo de las regiones; pero de ahí a sostener que de ello depende la vida, como derecho fundamental, hay una diferencia abismal.

Finalmente afirma la actora, que la no construcción de la carretera ha dejado "...incomunicada la vereda, teniendo derecho a la carretera...". Sobre el particular, encuentra la Sala, dentro de la misma demanda de tutela, que dicha vereda sí cuenta con caminos públicos que la comunican con el exterior, y que por tanto contribuyen a su desarrollo.

Así se deduce de una de las pretensiones contenidas en la demanda, que señala:

"(...) PRETENSIONES

1.- "Que dentro de los veinte días siguientes a la sentencia que falle la tutela, la SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA tenga hecho el trazo de la carretera de conformidad con los intereses de los moradores de la vereda y que la una con una de las vías que conduce al municipio de Villeta, ojala respetando o por los caminos públicos existentes." (negrillas fuera de texto).

Otro punto que amerita un pronunciamiento en el presente caso, es el de la procedencia de la acción de tutela para resolver asuntos de índole administrativa.

2.3 Improcedencia de la acción de tutela, para resolver asuntos relacionados con la política administrativa.

Pretende la actora, a través de la demanda de tutela "que dentro de los veinte días siguientes a la sentencia que falle la tutela la SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA tenga hecho el trazo de la carretera (...)" e igualmente "que se ordene a la SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA que dentro del mes siguiente a la aprobación del trazo tenga terminada la carretera."

Sobre el particular ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación, que la acción de tutela entendida como un procedimiento breve y

sumario, que de prosperar implica el pronunciamiento de órdenes judiciales de inmediato cumplimiento, es improcedente en los casos en que se trate de obtener la ejecución de una determinada obra pública, como en el presente caso, pues estaría el juez a través de su decisión, interfiriendo en materias de política administrativa y conduciendo a un co-gobierno de la rama judicial, en abierta violación del artículo 113 de la Constitución Política.

Sobre la materia ha dicho la Corte:

"En consecuencia, la acción de tutela, entendida como procedimiento preferente y sumario que, en el caso de prosperar, implica el pronunciamiento de órdenes judiciales de inmediato cumplimiento (art. 86 C.N.), viene a ser improcedente cuando se trata de obtener que se lleve a cabo determinada obra pública por el solo hecho de estar prevista en el Presupuesto una partida que la autoriza. Aceptar que el juez de tutela -sin tener certeza sobre la existencia y disponibilidad actuales del recurso- pudiera exigir de la administración la ejecución de todo rubro presupuestal en un término tan perentorio como el previsto en el artículo 29, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991, bajo el apremio de las sanciones contempladas en los artículos 52 y 53 eiusdem, llevaría a un co-gobierno de la rama judicial en abierta violación del artículo 113 de la Carta Política, desnaturalizaría el concepto de gestión administrativa y haría irresponsable al gobierno por la ejecución del Presupuesto, en cuanto ella pasaría a depender de las determinaciones judiciales." (Sentencia No. T- 185 de 1993, Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Es así como la conclusión de esta Sala, en el sentido de la no procedencia de la acción de tutela bajo examen, se fundamenta, como ya se dijo, en que no existe violación del derecho a la vida de la actora ni de los vecinos de la vereda "Palacio" y en que tampoco es la acción de tutela el mecanismo adecuado para resolver asuntos concernientes a políticas de la administración. Por tanto, si lo que se busca es la protección por vía de acción de tutela de un interés colectivo, cual es la construcción de una carretera, como se ha dicho no es éste el mecanismo idóneo para lograrlo, sino que debe acudirse a las acciones populares, establecidas para proteger derechos e intereses de la comunidad.

En virtud de lo anterior, la Sala habrá de confirmar el fallo de fecha 31 de agosto de 1994, proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Villeta, pero por las consideraciones consignadas en esta providencia.

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: CONFIRMAR el fallo de fecha 31 de agosto de 1994, proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Villeta, mediante el cual se denegó la acción de tutela interpuesta por Ana Graciela Beltrán de González, quien actuó como vocera de los habitantes de la vereda "PALACIO", del municipio de Sasaima, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se comunique el contenido de esta providencia al Juzgado Civil del Circuito de Villeta, 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-034
de febrero 06 de. 1995

DERECHO A LA INTIMIDAD - Actos públicos

La publicidad de las actuaciones y de los intereses, desplegada por la persona excluye el amparo del derecho. Los hechos que por decisión del sujeto están al conocimiento públicos han sido despojados de la intimidad amparable en el derecho fundamental comentado. Cuando la persona, además de actuar dentro de un ámbito público, lo hace con la intención de ser visto y escuchado por quienes allí se encuentran, es lógico pensar que está actuando por fuera de su zona de privacidad, y, al mismo tiempo, se propicia a que su imagen y manifestaciones sean captadas por quienes lo rodean, no sólo directamente, sino por mecanismos como la fotografía, la filmación, grabación, etc., sin que esas captaciones apreciativas y cognocitivas constituyan violación del derecho a la intimidad de las personas.

MANIFESTACION - Toma de fotografías

Si bien no procede en el caso concreto el amparo es preciso señalar que la toma de fotografías, videos o grabaciones no debe ser utilizada para fines distintos a los consagrados en la constitución Política y en la ley, como serían, por ejemplo, aquella destinada a intimidar a las personas, o a amenazarles, o a hacerlas víctimas de referencias, o de las llamadas "listas negras", lo cual si violaría las garantías constitucionales establecidas por el Estado Social de Derecho.

Ref.: Expediente No. T-46462

Peticionario: Octavio de Jesús Ríos

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., febrero seis (6) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas No. Ocho, integrada por los H. Magistrados Jorge Arango Mejía, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, se pronuncia sobre la acción de la referencia en el grado jurisdiccional de revisión, teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES

El señor Octavio de Jesús Ríos en ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada legalmente en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, formuló demanda contra la Policía Nacional-Distrito de Chinchiná, para que, previo el trámite correspondiente, se ordene la práctica de inspección policial en las instalaciones del comando de Policía de Chinchiná, sobre "libros y álbum fotográfico que allí llevan como reseña delincuencial", para que le sean entregadas o destruídas en su presencia las fotografías que de él se tenga, con fundamento en los hechos y razones siguientes:

- Que el día 1o. de mayo de 1994, se llevó a cabo en la población de Chinchiná, una marcha con motivo del día de la clase obrera.

- Que durante el desarrollo de las actividades, agentes de la Sijin, bajo la orden del Comandante Pérez Arias, tomaron fotos de manera selectiva y discriminada a los dirigentes y organizadores del acto, sin que se conozca con certeza los fines legales y extralegales.

- Que el peticionario participó en la marcha y afirma que fue fotografiado en diferentes ocasiones de manera individual.

- Que en reunión de Comité de Derechos Humanos, el día 27 de mayo de 1994 "en presencia del señor Alcalde, el Fiscal coordinador y otras personalidades, el capitán Pérez Arias reconoció haber dado orden para tomar fotografías y se comprometió a hacer entrega de las mismas a través de la Fiscalía".

-Que a la fiscalía se allegaron, por parte de los agentes, sólo seís de las fotografías que se tomaron, dentro de las cuales en ninguna aparece, a pesar de que efectivamente le fueron tomadas.

- Que la actuación de la autoridad policiva, al no entregar la totalidad del material fotográfico, vulnera su derecho a la intimidad personal, por cuanto éste se tomó sin su consentimiento, desde sitios semiocultos, y en especial, porque le fueron tomadas en forma individual.

- Que "de hecho se me intimida e inhiben otros derechos tales como el libre desarrollo de mi personalidad, la libertad de expresar y difundir mi pen-

samiento, la manifestación pública y pacífica y el libre derecho de asociación".

La primera instancia

El Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná, mediante sentencia de 26 de julio de 1994, decide la acción de la referencia y resuelve: "Declarar improcedente la acción de tutela promovida por Octavio de Jesús Ríos contra el Comandante de Policía del Distrito de Chinchiná, Oscar Fernando Pérez Arias", previas las siguientes consideraciones:

- Que "la carencia de elementos probatorios, con respecto al hecho denunciado y proveniente del funcionario accionado, impide considerar la amenaza o posible vulneración de los derechos fundamentales del actor, lo que hace que la acción de tutela invocada sea improcedente".

- Que "es difícil a la distancia en que se encontraban los agentes encargados de hacer el seguimiento fotográfico al evento, tres metros afirma Alvaro Franco (folio 43), 35 Jorge Eliécer Marín (folio 54); concluir como ellos que la cámara estaba dirigida a enfocar de manera individual a Octavio de Jesús Ríos".

Que, "tampoco se acreditó, cuántas fotografías tomó la Policía al evento, para concluir, como lo afirma el señor Ríos, que las que él posee y aportó no son todas las obtenidas el día de la marcha".

LA IMPUGNACION

El peticionario, mediante escrito presentado el día 1o. de agosto de 1994, impugnó la anterior decisión "por considerar que no está en concordancia con el material probatorio recaudado y por lo tanto no se da cumplimiento a los artículos 19 y 20 del Decreto 2591 de 1991".

La segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de veinticinco (25) de agosto de 1994, decide la impugnación resolviendo: "Se revocará parcialmente la sentencia impugnada, y en su lugar se acogerá la tutela deprecada para que sean presentadas las fotografías faltantes, con sus correspondientes negativos y si en alguna de ellas figura Octavio de Jesús Ríos, sea destruída en su presencia o ante autoridad y para que en lo sucesivo, se abstenga el estamento policial de tomar fotografías al señor Ríos, cuando esté cumpliendo sus actividades sindicales", previas las consideraciones siguientes:

- Que, de acuerdo con las pruebas recaudadas, los agentes aceptan haber tomado cada uno por lo menos seís fotografías del acto, ello viene significando que no todas las fotografías fueron entregadas, y que en autos solamente reposa una parte de ellas. Si ello es así, nada obsta para que, dentro de las no puestas a disposición, esté alguna o algunas que representen la efigie del demandante Octavio de Jesús Ríos".

- Que el objeto de las fotos que ordenó el capitán Pérez Arias era el de agregarlas a un álbum que se lleva sobre los actos que ordinariamente se celebran.

- Que "el imprimir fotografías de actos sociales deportivos, políticos, multitudinarios, etc., no representa atentado contra derechos de ninguna persona y en verdad, no existe norma legal alguna que reprima ese proceder; empero, hacer lo propio con las personas individualmente consideradas, rebasa los límites de los derechos, puesto que el derecho al anonimato, otorga al individuo la posibilidad de expresarse libremente y de no ser identificado".

- Que el señalamiento o identificación de que ha sido víctima el peticionario vulnera el ejercicio de su derecho de asociación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. La Competencia

La Sala es competente para conocer de la revisión de las sentencias proferidas en el asunto de la referencia, de conformidad con lo establecido en el inciso 2o. del artículo 86 y el numeral 9o. del artículo 241 de la Carta Política, desarrollados en los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

B. La materia

La acción comprende el estudio de la violación de los derechos a la intimidad, a la libertad de expresión y el derecho de asociación, cuando se tomen fotografías a quienes participan en una manifestación pública.

El Derecho a la Intimidad

El derecho a la intimidad consagrado en artículo 15 de la Constitución Nacional como fundamental, protege el derecho a la vida privada y familiar de cada persona, que corresponde a una zona de actividad respecto de la cual se puede impedir la intromisión de terceros, cuando esta se produce sin autorización del titular.

Sobre el derecho a la intimidad esta Corporación manifestó:

"Corresponde este derecho a la aspiración de la persona de conservar su existencia con el mínimo de injerencia de los demás, libre de perturbaciones tales como la publicidad y la intromisión arbitraria del Estado, para así lograr la tranquilidad de su espíritu y la paz interior. La intimidad comprende tanto el secreto o respeto a la vida privada, como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados.

"Este derecho también hace referencia al ámbito personal, donde cada uno resguardado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo de su personalidad." (Sentencia T-444 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

El derecho a la intimidad comprende el amparo a la persona de sus comportamientos privados. Vale decir que el derecho consagrado en el artículo 15 de la C.P. con el carácter de fundamental, se predicó de ese ámbito propio de la persona que no puede ser invadido ni por las autoridades públicas ni por las demás personas. De manera que las actuaciones públicas de una persona no hacen parte de la naturaleza propia de los intereses amparados por el derecho fundamental. La publicidad de las actuaciones y de los intereses, desplegada por la persona excluye el amparo del derecho. Los hechos que por decisión del sujeto están al conocimiento públicos han sido despojados de la intimidad amparable en el derecho fundamental comentado.

Cuando la persona, además de actuar dentro de un ámbito público, lo hace con la intención de ser visto y escuchado por quienes allí se encuentran, es lógico pensar que está actuando por fuera de su zona de privacidad, y, al mismo tiempo, se propicia a que su imagen y manifestaciones sean captadas por quienes lo rodean, no sólo directamente, sino por mecanismos como la fotografía, la filmación, grabación, etc., sin que esas captaciones apreciativas y conogcitivas constituyan violación del derecho a la intimidad de las personas.

En el caso en estudio, informa el peticionario que participó en una marcha para conmemorar el día de la clase obrera en el Municipio de Chinchiná el día primero de mayo de 1994. Señala que durante la marcha agentes del cuerpo de policía de la Sijín tomaron fotografías "de manera discriminada y selectiva", a él y a otras personas que habían organizado las actividades, fotos que se tomaron desde sitios estratégicos y en forma semioculta.

Sobre el punto cabe observar que la manifestación pública se llevó acabo en las calles de Municipio de Chinchiná, es decir, en plena área pública y quienes participaban en la misma no se encontraban en un ambiente de privacidad, sino por el contrario pretendían ser observados por la población

en general, manifestando a través de pancartas los grupos a que pertenecían, como se observa de las fotografías que obran en el expediente(folios 1,2).

Adicionalmente, y de acuerdo con los testimonios de los agentes, las fotografías se tomaron de manera general a quienes participaban en la marcha, con el fin de llevar un antecedente de todos los eventos que se realizan en la municipalidad, actuación que no contraría norma constitucional alguna, y que, por el contrario, pretende el cumplimiento de los deberes que se imponen a las autoridades policivas.

Por lo anterior, la imágenes que hubieran podido captarse por los agentes de manera individual a quienes participaran en la marcha, y del acto en general, no constituyen violación del derecho a la intimidad.

En el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Manizales de Sala Civil, se sostiene que las fotografías "se tomaron discriminadamente a personas que estaban dirigiendo el acto en forma cautelosa o reservada", afirmación que se basa en testimonios que para esta Sala no constituyen plena prueba del hecho, en primer lugar, porque se obtuvieron de varias personas que participaron en la marcha, las cuales manifestaron que dos agentes se encontraban ocultos al tomar las fotografías, lo que constituye una contradicción, pues tal clandestinidad no pudo existir si varias personas los observaron. En segundo lugar, no se tiene ningún indicio de la existencia de las fotos que se tomaron de manera individual al peticionario ni de su utilización, por cuanto la totalidad de las fotos, según lo manifestaron los agentes de la policía, fueron allegadas a la fiscalía y al juzgado de Chinchiná, autoridades judiciales que no han informado la existencia de alguna en que aparezca Octavio de Jesús Ríos, como tampoco se observa de las que fueron allegadas al expediente, en las cuales se aprecian imágenes generales de la marcha.

Es de anotar, que el accionante manifiesta el temor de la utilización de las supuestas fotos, elemento subjetivo que no puede configurarse como inminente amenaza o violación de sus derechos, requisito que se exige para proceder al correspondiente amparo.

Sin embargo como el tema al que se refiere esta acción de tutela se ubica dentro del marco de derechos fundamentales tan importantes como el del ejercicio de la libertad y la preservación de la intimidad, la Sala considera conveniente dejar constancia de que, si bien no procede en el caso concreto el amparo, por las razones anotadas, es preciso señalar que la toma de fotografías, videos o grabaciones no debe ser utilizada para fines distintos a los consagrados en la constitución Política y en la ley, como serían, por ejemplo, aquella destinada a intimidar a las personas, o a amenazarles, o a hacerlas

víctimas de referencias, o de las llamadas "listas negras", lo cual si violaría las garantías constitucionales establecidas por el Estado Social de Derecho.

Por otra parte, el accionante invoca como vulnerados los derechos a la libre expresión y asociación, respecto de los cuales tampoco se observa violación alguna por parte de ninguna autoridad. Por el contrario, la marcha se adelantó sin ningún impedimento.

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

RESUELVE:

Primero: Revocar la sentencia relacionada con la acción de la referencia, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, Sala Civil, de agosto veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Segundo. Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná, de julio veintiseís (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en el asunto de la referencia, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero. Comuníquese la presente decisión en los términos y para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-035
de febrero 06 de 1995

ESTUDIANTE - Promedio de notas / **COLEGIO MARY MOUNT** - Exigencias académicas / **REGLAMENTO EDUCATIVO**

Si la estudiante obtuvo un promedio superior al exigido legalmente, resulta inequívoco que no perdió el año escolar, y en las condiciones de la ley y del reglamento oficial puede pasar al grado siguiente, pero, desde luego, en otro plantel con exigencias acordes a sus resultados objetivos. Frente al caso subexámine es menester entender que el reglamento del plantel educativo, es la base fundamental orientadora de la filosofía del Colegio, sin el cual no sería posible mantener un nivel de excelencia, lo cual puede conducir al retiro o pérdida del cupo por no satisfacer tales exigencias.

SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION

La Carta Política concibe la educación como un servicio público prestado tanto por el Estado como por los particulares bajo la regulación, control y vigilancia de las autoridades competentes; en consecuencia, las norma expedidas por dichas autoridades, además de obligar a los particulares, establecen, sin ser excluyentes y exclusivas, las condiciones para su ejercicio y gestión; con ellas se busca el fin supremo de la calidad, de la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos, como es el caso de exigencias razonables de calidad y excelencia que le permitan al centro privado o público de educación autoacreditar unos resultados específicos que eleven el mérito de su labor.

Ref.: Expediente No. T-47766

Peticionario: Estrella Chamie de Dada

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., febrero seis (6) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Procede la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Jorge Arango Mejía, a revisar los fallos proferidos por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, el día 8 de agosto de 1994, y por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil, el día 7 de septiembre de 1994, dentro del trámite de la acción de tutela presentada por Estrella Chamie de Dada, contra el Colegio Mary Mount de esa ciudad.

I. ANTECEDENTES

Los hechos

Según obra en el expediente, los hechos que motivan la acción de la referencia se contraen a lo siguiente:

La Directiva del Colegio Mary Mount de Barranquilla ha considerado que la menor Fanny Cecilia Dada Chamie no puede ascender al grado undécimo de bachillerato en esa institución escolar, por haber alcanzado un promedio individual por asignaturas menor de siete cero (7.0) y en consecuencia improbado el décimo año.

Como el promedio de la nota de la estudiante es de siete tres (7.3), guarismo superior al exigido por el Ministerio de Educación Nacional para aprobar un grado escolar, la madre de la joven considera que se le están violando a su hija, los derechos a la educación y a la no discriminación, al exigirle la repetición del décimo año de bachillerato para continuar en dicho colegio.

Por lo anterior. solicita por esta vía, que se ordene el reintegro de la estudiante para el undécimo grado en dicho establecimiento.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES MATERIA DE REVISION

A. Sentencia de primera instancia

Por reparto correspondió este proceso al Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla que, por sentencia de 8 de agosto de 1994, resolvió conceder la tutela, con base en las siguientes consideraciones:

Luego de examinar el carácter de fundamental del derecho constitucional a la educación, se ocupa de lo dispuesto sobre promoción a un grado superior de un estudiante, en la resolución No. 17486 de 1984, emanada del Ministerio de Educación Nacional y concluye que Fanny Cecilia Dada Chamie aprobó el décimo grado, porque el estudiante se promueve al grado superior

cuando aprueba todas las áreas o si, promediadas las calificaciones de las áreas de formación, éstas arrojan una nota mínima de siete cero (7.0) sobre diez (10), siempre y cuando el alumno no haya perdido más de un área con nota inferior a cuatro cero (4.0). Esto le da derecho a ser promovido al curso siguiente.

Por tanto, resuelve tutelar el derecho vulnerado a la menor y, en consecuencia, ordena a las directivas del Colegio Mary Mount, admitir a la estudiante en el grado undécimo de ese centro de estudios para las clases que se inician el 9 de agosto de 1994.

B. Impugnación

La Directora del Colegio Mary Mount de Barranquilla, dentro de la oportunidad legal, impugnó la sentencia de primera instancia y en el escrito correspondiente acompaña copia del registro de inscripción del Colegio Mary Mount fechada agosto 6 de 1991, dirigida a la Jefe de Servicios Docentes de la Secretaría de Educación de Barranquilla, donde se advierte que dicha entidad oficial, desde 1989 tiene conocimiento y aceptación de las exigencias académicas y políticas de promoción para los alumnos del aludido colegio, a las cuales nunca se ha opuesto.

También anexa carta de la madre de la menor, en la cual renuncia al cupo de su hija para el período 1994-1995 y solicita la devolución de los pagos correspondientes, lo cual según su afirmación se hizo.

Advierte que: "antecedentes similares a los que motivan la presente tutela, se han dado en años anteriores y la Secretaría de Educación efectuó en su momento, un respaldo a las políticas internas del colegio, para lo cual adjunta copia del acta de visita de supervisión escolar."

C. Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla Sala Civil, resolvió el día 7 de septiembre de 1994, revocar el fallo de primera instancia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla con base en los siguientes razonamientos:

En su concepto, la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger todos los derechos fundamentales.

Luego de analizar la naturaleza fundamental del derecho a la educación, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional, advierte que "la educación puede ser encauzada y reglada autónomamente, pero no negada en su núcleo esencial, debiendo el estudiante responder a sus compromisos académicos y al comportamiento exigido por los reglamentos que desde el inicio de su relación con el claustro educativo se compromete a acatar."

Igualmente, advierte que la resolución No. 17486 del Ministerio de Educación Nacional establece las técnicas y procedimientos para la promoción escolar de los alumnos, a los centros docentes de educación básica primaria, secundaria y media vocacional, concluyendo que:

"Sin embargo para alcanzar el objetivo de una formación académica de alto nivel con miras a obtener excelencia y competitividad, las instituciones educativas que asumen como su fin estas directivas, fijan un promedio de notas más alto al general para la promoción interna de sus alumnos, sin que deba entenderse que con relación a otros planteles el estudiante que no alcance la calificación asignada, ha perdido el año escolar."

Continúa la providencia judicial considerando que:

"El Colegio Mary Mount dentro de las pautas académicas fijadas en su reglamento interno y que previamente da a conocer a los aspirantes a ingresar a dicho plantel educativo exige en aras del alto nivel que hace competitivos a sus alumnos a nivel nacional, que se alcance un mínimo de siete (7.0) en cada materia, sin tener en cuenta el promedio por área, perdiendo el año escolar quien al finalizarlo obtenga tres o más materias por debajo de esta calificación.

"Este propósito de excelencia y alto nivel académico fue comunicado a Estrella de Dada madre de la menor Fanny Cecilia Dada Chamie y a esta última, porque así consta en el acta de matrícula que ambas suscriben y aceptan los planes, programas y normas reglamentarios del colegio Mary Mount." (Ver folio 31 cuadeno de primera instancia).

"De esta manera, si la estudiante obtuvo en más de tres materias una calificación inferior a siete (7.0), a lo cual se comprometió, resulta inequívoco que perdió el año escolar en las condiciones preestablecidas en los reglamentos del colegio Mary Mount; más no para cursar el año siguiente en cualquier otro plantel que acepte las condiciones mínimas de promoción, si así lo desea, o repetir el curso en el establecimiento que viene estudiando como lo han expresado sus directivas". (Folio 6).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 inc. 3o. y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991 esta Sala es competente para revisar las sentencias que corresponden a la acción de tutela de la referencia.

Segunda.-La Materia

A. Como en varias oportunidades lo ha precisado esta Corporación, la acción de tutela también procede contra particulares encargados de la prestación del servicio público de educación, según lo ha establecido el artículo 42 numeral 1o. del Decreto 2591/91; además, esta norma, que se refiere a los derechos objeto de protección, incluye los artículos relacionados con el derecho a la educación consagrado en el artículo 67 de la Carta.

En general, esta Corporación, ha concluido que el derecho a la educación resulta consustancial a la naturaleza del hombre, ya que con ella se realiza su dignidad, y porque este derecho así está reconocido en la Constitución expresamente (art. 27 y 67); también, porque se encuentra amparado por los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país y ratificados por el Congreso de la República.

En efecto, la educación cobra relevancia en los primeros años de la vida del ser humano, ya que se trata de la etapa de formación del individuo, de su acercamiento a la sociedad y a sí mismo como ser esencialmente racional; además, el derecho a la educación de los menores de edad tiene el carácter de fundamental pues su ejercicio debe ser garantizado para el desarrollo del ser humano, de su vida en formación y en sociedad. Es por esto que el artículo 67 del estatuto fundamental expresa que el derecho a la educación pertenece a la persona, con ello la Constitución no está haciendo más que reconocer la realidad de la importancia de la educación en la vida del hombre como una manifestación de su ser, como individuo y como elemento social.

De otra parte, también se ha advertido por la Corte que la educación evidentemente goza de una doble naturaleza jurídica, ya que se trata de un derecho y de un deber; así, reiteradamente lo ha entendido esta Corporación en varias sentencias (T-02/92, T-09/92, T-429/92). Es decir, no sólo es un derecho en relación con otras personas, sino también expresa algunos de los deberes de la persona para consigo mismo, para con la sociedad y para con el Estado en última instancia; de este modo el derecho a la educación no solamente

otorga prerrogativas en favor del individuo, sino que comporta exigencias de cuyo cumplimiento depende en buena parte su propio disfrute y ejercicio.

A lo largo de nuestra historia, el tema de la educación ha sido uno de los elementos y objetivos prioritarios de las aspiraciones políticas de la sociedad colombiana, y, por ello, la Carta de 1991 reconoce la importancia de la enseñanza, introduciendo disposiciones relacionadas con la libertad religiosa en el ámbito educativo, y con el perfeccionamiento de los instrumentos para alcanzar la modernización y la masificación de la enseñanza, dando un gran paso adelante al buscar la garantía efectiva de este derecho.

Así, esta Corporación igualmente ha reconocido que la educación es un derecho fundamental que puede ser regulado pero no negado en su núcleo esencial, vale decir en la posibilidad que se le reconoce al sujeto de acceso efectivo a sus beneficios (Cfr. sentencia de la Corte Constitucional No. T-429/92). En efecto, como se ha visto, la educación debe entenderse como factor de desarrollo humano y su ejercicio es uno de los elementos indispensables para que el individuo adquiera herramientas que le permitan, en forma eficaz, desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información que existe a su alrededor, a más de ampliar sus conocimientos a medida que avanza como ser humano.

B. De otra parte, el artículo 44 de la Carta consagra a la educación, entre otros reconocimientos, como uno de los derechos fundamentales de los niños; esta disposición es la única de la Constitución que expresa y concretamente le dá esta categoría a las garantías que enuncia, resaltando que prevalecerán sobre los derechos de los demás; a su turno, como se verá el art. 67 ibídem, concibe la educación como un derecho de la persona y un servicio público que cumple una función social, con cuya garantía se busca el acceso a la cultura, al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la sociedad que el Estado tiene el deber de promover.

La función social que cumple la educación hace que dicha garantía se tenga como una derecho-deber, que genera para el educando como para el educador, un conjunto de obligaciones recíprocas de las que no puede sustraerse porque realizan su núcleo esencial.

En este mismo orden de ideas, los establecimientos educativos establecen una serie de normas que permiten de alguna manera medir el nivel de aptitud y desempeño del educando, creando mecanismos para verificar sus actitudes de manera que pueden seleccionarse dentro del conglomerado de estudiantes, aquellos que demuestren una mayor capacidad de aprovechamiento de la instrucción que se imparte. Pero, también, las directivas de los institutos educativos tienen la facultad de dictar y regirse por sus propios estatutos, en los que se desarrollarán las pautas razonables y proporcionales

de comportamiento que deben seguir las partes educador-educando en todos sus aspectos, inclusive para alcanzar la excelencia.

Esta Corporación ha venido sosteniendo que los reglamentos deben responder en el más alto grado al claro propósito de un servicio -como la educación-, con clara función social, que busca el acceso al saber, a la ciencia, a la técnica y los demás elementos de la sociedad, para dignificar la especie humana y acceder al progreso cultural, científico y tecnológico y para la protección del medio ambiente, formando en el respeto a los derechos humanos, la paz, la democracia y el trabajo.

C. De otra parte, también considera la Sala que en este caso debe interpretarse el derecho a la educación dentro de los marcos señalados por el artículo 67, cuando preceptúa:

"Artículo 67.

"...

"Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo."

"...

En este sentido debe imponerse lo dispuesto por la norma constitucional cuando establece que el Estado, al ejercer su función reguladora y la suprema inspección y vigilancia de la educación, actúa 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.

Tales conclusiones se fundamentan aún más si se tienen en cuenta los problemas y falencias que padece la educación en Colombia, pues a las fallas estructurales de la prestación de este servicio público, que no alcanza a cubrir toda la población que necesita se le reconozca este derecho fundamental, se añaden otros factores políticos, económicos y sociales, que colocan a este problema como uno de los más graves que enfrenta la Nación.

D. Por eso es conveniente, a juicio de la Sala, que se garantice, en un caso como el que se examina, la calidad de la educación que presta incuestionablemente el Colegio Mary Mount, lo que explica que su reglamento académico establezca unas exigencias de este orden, destinadas a elevar el nivel de los estudios de los educandos.

Vale, pues, en defensa de los fines de la calidad de la educación que también tutela la Carta de 1991, que se proteja este esfuerzo plausible, sin que ello tampoco implique que se vulnere el derecho a la educación de la menor Fanny Cecilia Dada Chamie, quien puede acceder al curso superior en otro plantel que no tenga las exigencias de excelencia del Colegio Mary Mount, lo cual es reconocido expresamente como una alternativa por la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla.

Es más, consta en dicha providencia que la madre de la menor, por medio de Carta renunció al cupo para su hija para el período 1994-1995 y solicitó la devolución de los pagos correspondientes, lo cual se llevó a cabo.

Esto demuestra entonces que la solicitud de la tutela se hizo no obstante que, por propia voluntad de la actora, se había dado término a la aspiración de ingresar al Colegio Mary Mount.

Si bien se deben tener presentes todos estos aspectos de dignificación y superación personal, los reglamentos deben consignar también lo concerniente a los deberes del plantel educativo, del educando, las reglas de promoción y las pautas disciplinarias; por ello, esta corporación ha precisado en sentencia T-500/92 lo siguiente:

"Los reglamentos de las instituciones educativas no podrán contener elementos, normas o principios que estén en contravía de la Constitución vigente, como tampoco que favorezcan o permitan practicas entre educadores y educandos que se aparten de la consideración y el respeto debidos 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".

E. De todo lo dicho se concluye, que la educación puede ser encauzada y reglada autónomamente, pero nunca negada en su núcleo esencial, debiendo el educando y el educador responder a sus obligaciones y deberes respetando los cánones constitucionales, legales y reglamentarios, ya que si bien es cierto que los particulares pueden fundar establecimientos educativos, también lo es que en su gestión y creación deben cumplir con los requisitos que señalan la ley y las autoridades competentes.

La Sala de Revisión considera conducente analizar las pruebas obrantes en el expediente del caso subexámine, así:

La resolución No. 17486 proferida el 7 de noviembre de 1984 por el Ministerio de Educación Nacional, que precisa las técnicas y procedimientos para la promoción escolar de los alumnos en los centros docentes de educación

básica primaria, secundaria y media vocacional en todo el territorio nacional, la cual contiene en el artículo 14 lo siguiente:

"El estudiante se promueve al grado superior o al diploma de bachiller cuando aprueba todas las áreas o cuando promediadas las calificaciones de todas las áreas de formación comunes y propias arrojan una nota mínima de siete (7.0), siempre que el alumno no haya perdido más de un área y ésta no esté calificada como una nota inferior a cuatro (4.0). En este caso el estudiante no está obligado a habilitar el área perdida".

Significa lo anterior que si el educando pierde un área académica con nota inferior a (4.0) debe habilitar, a pesar de que el promedio de todas las áreas sea igual o superior a siete (7.0); debe igualmente habilitar las áreas perdidas cuando éstas no sean superiores a (2.0).

En caso de pérdida de una o dos materias, deberá el alumno habilitarlas y aprobarlas para ser promovido al grado superior y para obtener el grado de bachiller.

El promedio de nota de la estudiante fue de 7.3, según el boletín escolar del colegio Mary Mount, es decir superior al mínimo establecido en la ley, y como tal aprobatorio del grado que cursa, según los reglamentos administrativos.

F. Debe la Corte tener en cuenta la circular o directiva administrativa del Ministerio de Educación Nacional de fecha 13 de octubre de 1992, que aparece en el expediente y certificada por el Jefe de la Unidad de Educación General y Desarrollo Institucional del Departamento del Atlántico, dirigida a las Secretarías de Educación, "Directores y Rectores de Instituciones Educativas Oficiales y Privadas" de Básica Primaria, Secundaria y Media Vocacional, en la cual expone lo siguiente: "*Algunos establecimientos educativos han fijado en sus reglamentos internos de calificaciones que no se ajusten a las normas vigentes sobre evaluación y promoción, llegando hasta condicionar la permanencia del estudiante en el mismo, si no cumple las exigencias académicas que cada institución establece con el argumento de buscar la 'excelencia' de sus estudiantes, incumpliendo con estos requerimientos, disposiciones como la resolución No. 17.486 de 1984*". En consecuencia de lo anterior, la Secretaría de Educación Departamental exhorta a las instituciones educativas para que procedan a dar cumplimiento a las normas constitucionales, decretos y resoluciones, actualizando sus reglamentos internos, ajustables a la Constitución y normas vigentes."

Ahora bien, el Colegio Mary Mount dentro de las pautas académicas fijadas en su reglamento interno, previamente aceptado por los educandos y por sus padres, exige, en aras del alto nivel que hace competitivos a sus alumnos,

que se alcance un mínimo de 7.0 en cada materia, sin tener en cuenta el promedio por área, debiendo dejar el Colegio, quien al finalizar el año obtenga tres o más materias por debajo de esta calificación, el cual es el caso de la menor Fanny Cecilia Dada Chamie.

G. En el caso que ocupa la atención de esta Sala de Revisión, se observa del escrito presentado por la señora Estrella Chamie de Dada, que el promedio de notas de su hija Fanny Cecilia Dada Chamie es de siete tres (7.3), lo cual es superior a lo exigido por el Ministerio de Educación Nacional para aprobar un grado escolar y por consiguiente se concluye que la menor aprobó el décimo grado, conforme a los preceptos legales vigentes, lo que la promueve al grado siguiente.

De esta manera, si la estudiante obtuvo un promedio superior al exigido legalmente, resulta inequívoco que no perdió el año escolar, y en las condiciones de la ley y del reglamento oficial puede pasar al grado siguiente, pero, desde luego, en otro plantel con exigencias acordes a sus resultados objetivos.

Para esta Sala de Revisión es imperativo dar cumplimiento a los actos administrativos emanados de las autoridades competentes, por cuanto como lo establece la directiva administrativa del Ministerio de Educación Nacional, las instituciones educativas en forma inmediata deben proceder a dar cumplimiento a las normas y actualizar su reglamento interno ajustándolo a las leyes vigentes en esa zona del país, pues es parte del ejercicio permanente establecido en el artículo 68 C.N. inciso 1o.); empero, esto no significa que los educadores no puedan exigir mayores méritos objetivamente calificados, como ocurre en el Colegio Mary Mount, y que se le pueda obligar a mantener en el plantel a un alumno que no los satisfaga.

Desde luego, existen límites de razonabilidad que en caso de desbordarse pueden hacer ilegítima e inconstitucional la exigencia reglamentaria, por desconocimiento de éste o de otros derechos constitucionales fundamentales.

Observa la Corte que, en este caso, se trata de la exigencia adicional de mantener con fines de excelencia y calidad un promedio mínimo razonable y nunca desproporcionado ni imposible de alcanzar en situaciones comunes y corrientes para conservar un cupo en un colegio privado, dentro de las aspiraciones de autocreditación de la comunidad de educadores y educandos.

Comparte la Sala de Revisión de esta Corporación la posición del Tribunal, según la cual, como quiera que la madre y la menor Fanny Cecilia Dada Chamie, conocían el propósito de excelencia y alto nivel académico del re-

glamento del plantel, empero resulta inequívoco que ésta no perdió el año escolar en los criterios del reglamento del Colegio Mary Mount.

Naturalmente, la evaluación de los resultados académicos compete al plantel educativo y en el evento de configurarse las causales previstas en el correspondiente reglamento para la pérdida del período que se cursa, así debe declararse, pero si éstos son superiores a los establecidos en la resolución No. 17486 del Ministerio de Educación, dicha pérdida resultaría contraria a normas de orden público e imperativo cumplimiento; en consecuencia, estas disposiciones deben primar sobre un reglamento académico de inferior jerarquía, por ser norma legal condicionante que debe ser respetado por el plantel educativo, so pena de vulnerarse el principio de legalidad y subordinación o vigilancia estatal de la educación como servicio público previsto en el artículo 68 inc. 1 de la C.N.).

i) En efecto, la Carta Política concibe la educación como un servicio público prestado tanto por el Estado como por los particulares bajo la regulación, control y vigilancia de las autoridades competentes; en consecuencia, las norma expedidas por dichas autoridades, además de obligar a los particulares, establecen, sin ser excluyentes y exclusivas, las condiciones para su ejercicio y gestión; con ellas se busca el fin supremo de la calidad, de la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos, como es el caso de exigencias razonables de calidad y excelencia que le permitan al centro privado o público de educación autoacreditar unos resultados específicos que eleven el mérito de su labor.

Como se ha visto, la Carta Política de 1991 pretende que también las instituciones educativas de carácter privado como el Colegio Mary Mount gocen de protección estatal y que se propongan específicos fines de excelencia y calidad dentro de exigencias razonables, pero sus estatutos deben sujetarse a la reglamentación legal que permite y regula su ejercicio.

Frente al caso subexámine es menester entender que el reglamento del plantel educativo, es la base fundamental orientadora de la filosofía del Colegio, sin el cual no sería posible mantener un nivel de excelencia, lo cual puede conducir al retiro o pérdida del cupo por no satisfacer tales exigencias.

En consecuencia de lo anterior, esta Corporación confirmará el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con la advertencia de que no se trata de un caso de pérdida de año ni de desconocimiento de la promoción legal y reglamentaria, sino de pérdida de cupo por la no satisfacción de los requerimientos del plantel.

En consecuencia, la Sala de Revisión No. Ocho de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil, del día 7 de septiembre de 1994.

Parágrafo: En los términos de la mencionada sentencia la menor Fanny Cecilia Dada Chamie podrá cursar el año siguiente en cualquier otro plantel que acepte las condiciones mínimas de promoción de los estudios.

Segundo.- Líbrense por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-036
de febrero 08 de 1995

TUTELA CONTRA PARTICULARES - Indefensión

Los peticionarios son dos ancianos de 64 y 81 años de edad respectivamente, que viven solos y que subsisten con lo que produce una hectárea de tierra, explotada rudimentariamente y con sus propias manos, en la cual mantienen algunas aves de corral, y cultivan café y cítricos. Todas las declaraciones, testimonios de terceros e inspecciones judiciales que obran en el expediente dan fe de la extrema pobreza de los accionantes y del desamparo en que se encuentran, tanto por parte del Estado como de sus familiares.

DEBERES CONSTITUCIONALES - Incumplimiento
/ JUEZ DE TUTELA - Facultades

Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, mas no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle. Excepcionalmente, los deberes constitucionales son exigibles directamente. Ello sucede, entre otros eventos, cuando su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable. En estos casos, al juez de tutela le corresponde evaluar si la acción u omisión, que constituye simultáneamente un incumplimiento de los deberes constitucionales, vulnera o amenaza un derecho fundamental, y si la ley habilita la procedencia de la acción de tutela contra el particular. En caso afirmativo, el juez podrá hacer exigibles inmediatamente los deberes consagrados en la Constitución, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales.

DEBER DE SOLIDARIDAD / SERVIDUMBRE DE TRANSITO - Perturbación / **SERVIDUMBRE DE TRANSITO** - Paso de burro / **DIGNIDAD HUMANA DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD**

Es un caso en el que cabe admitir, de manera excepcional, la exigibilidad directa del deber de solidaridad. Y entendemos la solidaridad, en este caso en particular, como aquella pauta de comportamiento conforme a la cual el accionado debió haber actuado al surgir el conflicto objeto de esta tutela. En la realidad práctica, se encontraba ante dos opciones de conducta: una primera consistente en cerrarles el paso a los accionantes para proteger su propiedad, y otra, la de permitirles el paso, que privilegia los derechos fundamentales de aquellos sobre el derecho de aquél a la propiedad. ¿Estaba facultado el demandado para optar por cualquiera de estas dos vías de acción? De acuerdo con la doctrina sobre los deberes constitucionales, la respuesta sólo puede ser un rotundo no. El deber de solidaridad que sobre él recae, le impelía a optar por la segunda opción. Por qué razón? Porque la otra, la escogida finalmente por él y que implica obligar a los accionantes a tener que cumplir las funciones de bestias de carga, resulta violatoria de uno de sus derechos fundamentales: el de la dignidad humana, reconocida en el artículo primero de la Carta Política, y pilar de nuestro Estado Social de Derecho.

DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD - Protección

La protección a la tercera edad es una función en la que concurren, por igual, el Estado, la familia y la sociedad. En esa medida, sobre el accionado, en tanto hace parte del conglomerado social regido por nuestra Carta Política, recae también este deber jurídico. Al ejecutar los actos arbitrarios tantas veces descritos en este fallo, no solamente se sustrae el demandado a sus deberes de buen ciudadano sino, más concretamente, al de conducir sus relaciones de vecindad con los peticionarios, de acuerdo con la especial consideración que constitucionalmente merecen.

Ref.: Expediente No. T-45125.

Acción de tutela contra Elver García Camacho, por injusta perturbación de una servidumbre de tránsito.

Temas: -Indefensión frente a un particular.

- Dignidad humana y solidaridad.

- Protección a la tercera edad.

- Tutela como mecanismo transitorio.

Accionantes: Ismael Simijaca Castiblanco y Dulcelina Pineda de Malagón.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, integrada por los Magistrados Hernando Herrera Vergara, José Gregorio Hernández Galindo y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente, pronuncia,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente sentencia en el proceso de tutela T-45125, interpuesto por Ismael Simijaca y Dulcelina Pineda de Malagón en contra de Elver García Camacho, con base en las razones que se exponen a continuación.

ANTECEDENTES

Los señores Dulcelina Pineda de Malagón e Ismael Simijaca solicitan a través de la acción de tutela, interpuesta como mecanismo transitorio, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, a la vida e integridad personal, y al trabajo, consagrados en los artículos 1, 11 y 25 de la Carta Política, los cuales consideran vulnerados por Elver García Camacho, a raíz de los siguientes

1. HECHOS:

Ismael Simijaca, de sesenta y cuatro (64) años de edad, y Dulcelina Pineda, de ochenta y uno (81), han vivido hace más de veinte años en un pequeño predio de una hectárea de extensión, el cual se encuentra enclavado entre otros predios vecinos, sin acceso directo a la vía pública. Cuentan, por lo tanto, con una servidumbre de tránsito sobre terrenos de propiedad del accionado, señor Elver García Camacho, servidumbre que consta en la escritura pública No. 389, corrida en junio de 1974 en la Notaría Primera del Círculo de Moniquirá.

Recientemente, el señor García decidió impedir el libre tránsito de la pareja de accionantes arguyendo que el sendero por el cual atraviesan su finca, llevando consigo un burro para labores de carga, está destinado exclusivamente al tránsito de personas y no al de animales. Procedió entonces a instalar en el camino puertas cerradas con candado, y cercó con alambre de púas el terreno, obligando a los ancianos a arrastrarse por debajo del alambrado y a cargar al hombro los productos de su finca, con cuya venta se procuran el

diario sustento. Sostiene el accionado, que el paso del burro de los peticionarios puede erosionar el terreno sobre el cual se encuentra su casa, poniéndola en peligro.

En vista de esta situación, la pareja Simijaca-Pineda inició ante el Juez Civil del Circuito de Moniquirá, un proceso por perturbación de servidumbre, el cual se encuentra actualmente en etapa probatoria.

2. PETICION:

Los accionantes solicitan que, como mecanismo transitorio, mientras la justicia civil resuelve el asunto, se ordene a Elver García *"nos permita el paso a nuestro predio con un animal de carga y en condiciones (en las) que no se ponga en peligro nuestra integridad física y no se atente contra nuestra dignidad humana (a la que) tenemos derecho como personas"*.

3. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA:

Correspondió al Juez Unico Penal Municipal de Moniquirá resolver en primera instancia el asunto y, luego de un cuidadoso recaudo probatorio, resolvió "tutelar transitoriamente los derechos a la vida y la integridad personal, a la dignidad humana, el derecho a la igualdad, a la locomoción y al trabajo" de los petentes. En consecuencia, ordenó remover cualquier obstáculo que impidiera el paso de los ancianos y de su burro, orden que se mantendría vigente mientras la justicia ordinaria resolviera lo de su competencia.

Consideró el a-quo, que la conducta de Elver García es inhumana y abiertamente contraria al deber de solidaridad que le impone la Constitución, y la encontró violatoria de los derechos fundamentales de los accionantes. Tal violación se materializa permanentemente y de manera irreparable en este caso, habida cuenta de que en el proceso civil por perturbación de servidumbre no hay posibilidad de ejercer medidas tendientes a evitarlo transitoriamente.

4. DECISION DE SEGUNDA INSTANCIA:

El Juez Unico Penal del Circuito de Monquirá **revocó** el fallo basándose para ello en cuatro consideraciones básicas, a saber:

- Una disputa sobre el tipo de servidumbre de que goza un predio, o sobre si esta implica o no el derecho de transitar con animales de carga, " de ninguna manera menoscaba, ni atañe o disminuye la dignidad humana de ninguna persona que por necesidad deba hacer uso de dicho camino".

- Los accionantes cuentan con otro mecanismo judicial de defensa, cual es el proceso abreviado por perturbación de servidumbre, que se sigue ante los jueces civiles. Debe tenerse presente, recalca el ad-quem, que la servidumbre se impone a inmuebles, mas no a personas en atención a su estado de salud, a su edad o a su solvencia económica.

- No se presenta un perjuicio irremediable de ningún derecho fundamental de los actores y, por ende, no puede ser procedente la tutela como mecanismo transitorio, en los términos del inciso segundo del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Constitución Nacional.

- El presente caso de tutela contra un particular no se enmarca dentro de aquellos que el decreto antedicho contempla como procedentes.

5. INSISTENCIA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO:

El Defensor del Pueblo, obrando en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, presentó escrito explicando las razones por las cuales, a su juicio, debe revisarse el presente expediente y concederse la acción de tutela.

Inicialmente, señala la equivocada aplicación que el juez de segunda instancia hace del artículo 6 num.1 inc. 2, y del artículo 42 numerales 1, 2 y 9 del Decreto 2591 de 1991, declarados inexequibles parcialmente por la Corte Constitucional.

Por otra parte, la restricción a la libre circulación de los accionantes trae aparejado un perjuicio grave de sus demás derechos fundamentales, entre ellos el de lograr su ya de por sí precaria subsistencia.

El conflicto que origina esta tutela, continúa el Defensor en su escrito de insistencia, va más allá de ser un simple asunto de derecho privado en el que se le impone un gravamen a un inmueble, para cuya solución serían competentes los jueces civiles; el caso "debe ser analizado a la luz de los principios de solidaridad y de opción preferencial por los derechos de los más débiles que estan a la base de nuestro Estado Social de Derecho".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del De-

creto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer de la revisión de la sentencia proferida por el Juez Penal Municipal de Moniquirá. El presente examen se hacé conforme al reglamento interno de la corporación y a la selección que del proceso hizo la Sala Décima de Selección.

2. Indefensión de los accionantes:

El caso planteado tiene su origen en las extremas incomodidades a que somete a sus vecinos el dueño de un predio gravado con una servidumbre de tránsito, al impedirles la libre circulación a la cual tienen derecho. Es indudable que existen mecanismos establecidos en la legislación civil para resolver este tipo de disputas, concretamente la vía del proceso abreviado contemplado en el Título XII del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, no escapan a la consideración de esta Sala las circunstancias particulares del caso, ni a ellas puede ser ajeno ningún juez de tutela como garante que es de los derechos fundamentales, pues es del conocimiento de esas particularidades de donde emanan los elementos de juicio necesarios para que su decisión, al materializarse en la práctica, sea justa.

De conformidad con lo anotado, es necesario observar más detenidamente la situación en que se encuentran Ismael Simijaca y Dulcelina Pineda. Se trata de dos ancianos de 64 y 81 años de edad respectivamente, que viven solos y que subsisten con lo que produce una hectárea de tierra, explotada rudimentariamente y con sus propias manos, en la cual mantienen algunas aves de corral, y cultivan café y cítricos. Todas las declaraciones, testimonios de terceros e inspecciones judiciales que obran en el expediente dan fe de la extrema pobreza de los accionantes y del desamparo en que se encuentran, tanto por parte del Estado como de sus familiares.

Ante tal panorama resulta evidente la situación de indefensión de los peticionarios respecto del accionado, persona solvente e instruida, indefensión que hace procedente la acción de tutela contra particulares, de acuerdo con el numeral 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

En estas circunstancias, la actuación en que incurrió Elver García al cerrar el camino, obligando a los petentes a arrastrarse bajo el alambrado y a cargar lo que sus cansadas espaldas pueden soportar, sobrepasa el ámbito del derecho real de servidumbre y deviene en una violación del derecho fundamental a la dignidad humana, en un desconocimiento del deber de solidaridad exigible a todo individuo en un Estado Social de Derecho, y obliga al juez de tutela a hacer efectiva la especial protección que otorga nuestra Carta Política a las personas de la tercera edad.

3. Dignidad humana y Solidaridad:

La doctrina de esta Corte sobre los deberes constitucionales, su exigibilidad, y sobre la facultad del juez de tutela para aplicarlos directamente -aún sin que exista desarrollo legal de sus alcances-, fué expuesta en la sentencia T-125 de marzo 14 de 1994, cuyos principales planteamientos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, mas no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle. En esta medida, los deberes constitucionales constituyen una facultad otorgada al Legislador para imponer determinada prestación, pero su exigibilidad depende, *"de la voluntad legislativa de actualizar, mediante la consagración de sanciones legales, su potencialidad jurídica"*.

No obstante lo antedicho, y siguiendo lo expuesto en la sentencia aquí reseñada, existen casos en los que procede su aplicación directa:

"Excepcionalmente, los deberes constitucionales son exigibles directamente. Ello sucede, entre otros eventos, cuando su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable. En estos casos, al juez de tutela le corresponde evaluar si la acción u omisión, que constituye simultáneamente un incumplimiento de los deberes constitucionales, vulnera o amenaza un derecho fundamental, y si la ley habilita la procedencia de la acción de tutela contra el particular. En caso afirmativo, el juez podrá hacer exigibles inmediatamente los deberes consagrados en la Constitución, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales".

En relación con el deber de solidaridad el mismo fallo explica lo siguiente:

"La solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión. Ella es el fundamento de la organización política; sirve, además, de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones y, de otro lado, es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenazen los derechos fundamentales. La solidaridad como modelo de conducta social permite al juez de tutela determinar la conformidad de las acciones u omisiones particulares según un referente objetivo, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales".

Al considerar los presentes hechos desde esta perspectiva, nos encontramos con que, siguiendo la doctrina antes expuesta, este es un caso en el que

cabe admitir, de manera excepcional, la exigibilidad directa del deber de solidaridad.

Y entendemos la solidaridad, en este caso en particular, como aquella pauta de comportamiento conforme a la cual el accionado debió haber actuado al surgir el conflicto objeto de esta tutela.

En la realidad práctica, Elver García se encontraba ante dos opciones de conducta: una primera consistente en cerrarles el paso a los accionantes para proteger su propiedad, y otra, la de permitirles el paso, que privilegia los derechos fundamentales de aquellos sobre el derecho de aquél a la propiedad.

¿Estaba facultado el demandado para optar por cualquiera de estas dos vías de acción? De acuerdo con la doctrina antes expuesta sobre los deberes constitucionales, la respuesta sólo puede ser un rotundo no. El deber de solidaridad que sobre él recae, le impelía a optar por la segunda opción. Por qué razón? Porque la otra, la escogida finalmente por él y que implica obligar a los accionantes a tener que cumplir las funciones de bestias de carga, resulta violatoria de uno de sus derechos fundamentales: el de la dignidad humana, reconocida en el artículo primero de la Carta Política, y pilar de nuestro Estado Social de Derecho.

4. Protección a la tercera edad:

Las anteriores consideraciones respecto de la dignidad de los tutelantes y del deber de solidaridad que la sociedad tiene para con ellos, son válidas y suficientes independientemente de la edad de aquéllos. Más aún en tratándose, como en este caso, de personas de avanzada edad, en favor de las cuales el ordenamiento ha dispuesto un tratamiento especial y preferencial.

La Constitución Nacional, en su artículo 46, dispone que:

"El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia ".

Resulta entonces manifiesto -y en este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Corte-, que la protección a la tercera edad es una función en la que concurren, por igual, el Estado, la familia y la sociedad. En esa medida, sobre el accionado Elver García, en tanto hace parte del conglomerado social regido por nuestra Carta Política, recae también este deber jurídico.

Al ejecutar los actos arbitrarios tantas veces descritos en este fallo, no solamente se sustrae el demandado a sus deberes de buen ciudadano (artículo 95 C.N.) sino, más concretamente, al de conducir sus relaciones de vecindad con los señores Ismael Simijaca y Dulcelina Pineda, de acuerdo con la especial consideración que constitucionalmente merecen.

5. Tutela como mecanismo transitorio:

El numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 contempla la procedencia de la tutela, a pesar de que el actor cuente con otros medios judiciales de defensa, cuando se busca evitarle un perjuicio irreparable.

En el caso sometido a estudio, quedó demostrada la existencia de otro medio judicial de defensa, oportunamente interpuesto por los actores, el cual aún se encuentra en curso. Igualmente, se demostró la vulneración del derecho de los accionantes a la dignidad debida a toda persona, y el desconocimiento de la especial protección que merece la tercera edad.

Salta a la vista que el perjuicio mencionado es de carácter irreparable, dado que diariamente los peticionarios tienen que afrontar las inhumanas incomodidades en que los colocó su vecino, sin la más mínima posibilidad de ser resarcida tal condición pues atañe a algo tan intangible y preciado como es su dignidad.

Procede entonces la tutela como mecanismo transitorio, y en este sentido pasa a resolver la Sala, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia,

RESUELVE

Primero:REVOCAR la sentencia proferida el ocho (8) de agosto de 1.994 por el Juez Unico Penal del Circuito de Moniquirá, en relación con la acción de tutela interpuesta por Ismael Simijaca y Dulcelina Pineda contra Elver García.

Segundo: CONCEDER, como mecanismo transitorio, la tutela de los derechos de los accionantes a la dignidad humana y a la protección especial de la tercera edad.

Tercero: ORDENAR al señor Elver García Camacho retirar inmediatamente cualquier obstáculo que impida el libre tránsito de los accionantes y de su animal de carga, por el camino que ellos acostumbran usar. En caso de no hacerlo, deberá proceder de conformidad el juez de instancia, para hacer efectiva la decisión.

Cuarto:Esta orden se mantendrá vigente hasta que el Juez Civil del Circuito de Moniquirá resuelva definitivamente sobre la demanda que por perturbación de servidumbre interpusieron los actores.

Quinto: COMUNIQUESE esta sentencia al Juez Penal Municipal de Moniquirá, fallador en primera instancia, para efectos de lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-037
de febrero 06 de 1995

HOMOSEXUALISMO EN LAS FUERZAS MILITARES

No es violatorio de los derechos fundamentales el acto por el cual se sanciona a un estudiante por incurrir en faltas que comprometen la disciplina del plantel, siempre que se respeten las garantías del debido proceso, que se prueben los hechos imputados y que la sanción esté contemplada previamente en el respectivo reglamento. Tanto los actos de homosexualidad como los que impliquen objetivamente el acoso o asedio a los compañeros dentro del establecimiento, quebrantan de manera ostensible y grave la disciplina y además ofenden a los demás integrantes de la comunidad educativa, quienes merecen respeto, por todo lo cual aquéllos deben ser oportuna y ciertamente castigados.

PROCESO DISCIPLINARIO / DEBIDO PROCESO

El establecimiento educativo procedió con arreglo a las normas del debido proceso, pues dió al estudiante la oportunidad de defenderse, acogió las pruebas necesarias para definir su responsabilidad, le permitió controvertirlas, lo oyó en descargos y la decisión fue adoptada por las autoridades que tenían competencia para ello, es decir, el Consejo Disciplinario de la Escuela en primera instancia y el Director de la Escuela en forma definitiva.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN PROCESOS DISCIPLINARIOS

Si la falta de la cual se sindicaba al peticionario hubiera desaparecido en el estatuto posterior -hoy vigente- tendría que haberse aplicado el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, que la Corte no duda en afirmar es de obligatorio acatamiento para todo proceso disciplinario, aun los que adelantan los establecimientos educativos.

HOMOSEXUALISMO / IGUALDAD ANTE LA LEY

La igualdad ante la ley no consiste en admitir que quien presenta una condición anormal -como la homosexualidad- esté autorizado para actuar explícita y públicamente con el objeto de satisfacer sus inclinaciones e incurrir, sin poder ser castigado, en conductas ajenas a la respetabilidad de un centro educativo, menos todavía si éste pertenece a una institución cuya alta misión exige de quienes la componen las más excelsas virtudes. Por el contrario, en casos como el examinado, la igualdad se realiza aplicando a todos las mismas exigencias de disciplina y adecuado comportamiento e imponiendo las sanciones a quienes vulneran el régimen interno correspondiente. Tal principio se vería desconocido, en contra de la mayoría de estudiantes, si la autoridad se viera precisada a perdonar o a hacer que pasara inadvertida toda falta de un alumno por el sólo hecho de ser homosexual.

Ref.: Expediente T-46622

Acción de tutela instaurada por Milton Zapata Bedoya contra el Director de la Escuela de Polícia "Simon Bolívar" de Tuluá.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta del seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Se revisan los fallos proferidos en el asunto de la referencia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Tuluá y por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

INFORMACION PRELIMINAR

Milton Zapata Bedoya ejerció la acción de tutela contra el Director de la Escuela de Policía "Simón Bolivar" de Tuluá con la pretensión de que se dispusiera "la revocatoria por completo" de la resolución mediante la cual se ordenó retirarlo, en forma absoluta y con nota de mala conducta, del establecimiento y de la Policía Nacional.

La Dirección de la Escuela adelantó una investigación disciplinaria cuyos resultados, puestos a consideración del Consejo Disciplinario, llevaron a éste a concluir que el alumno había incurrido en la ejecución de actos de homosexualismo, "lesionando gravemente la moral, el prestigio y la disciplina de la Policía Nacional", motivo por el cual se le impuso la sanción.

Dió lugar a la investigación la denuncia presentada por el estudiante Iván Ernesto Rodríguez Alsina en el sentido de que el 29 de octubre de 1993, durante un período de franquicia, se había hospedado, junto con Zapata Bedoya, en la casa de un familiar de éste y en la misma habitación.

Según el relato de Rodríguez Alsina, durante la noche el inculpado se acostó a su lado y lo asedió mediante caricias y otros actos.

De acuerdo con la demanda, el procedimiento y la determinación tomada fueron totalmente opuestos a la Carta Política y a las leyes, pues se causó al accionante un agravio injustificado no sólo en el ámbito personal, sino en el familiar y en el social.

Dice el actor que se le aplicó un proceso breve y sumario, basado únicamente en declaraciones que "no concretaron nada sobre su tendencia sexual".

Expresa que el Consejo Disciplinario no tuvo en cuenta las declaraciones a su favor ni amplió las pruebas; que se fundó en simples rumores y que no consideró el concepto de la sicóloga, con todo lo cual fue violado el artículo 29 de la Constitución.

II. DECISIONES JUDICIALES

El Juzgado Quinto Penal del Circuito, mediante providencia del 18 de julio de 1994, resolvió conceder la tutela solicitada, ordenando al Director de la Escuela de Policía "Simón Bolívar" que en un término de cuarenta y ocho horas reintegrara al demandante en calidad de alumno y le concediera, en caso de haber terminado la intensidad horaria académica y el año lectivo, el grado de suboficial de la Policía Nacional.

Consideró la Juez que la institución educativa, al tildarlo de homosexual, había violado los derechos del quejoso a la honra, al buen nombre y a la igualdad.

También estimó lesionado el derecho del accionante a escoger profesión u oficio (Artículo 26 de la Constitución), pues no se le permitió servirle a la Patria en la Policía Nacional, opción por la cual se había decidido.

Dijo la Juez que la hoja de vida del peticionario era excelente y que en su ejercicio como estudiante había demostrado cualidades de disciplina, mística policial, compañerismo y buen rendimiento académico. Podía haber prestado sus servicios en la Policía con carisma y responsabilidad.

"Pero su condición sexual -señaló la Sentencia- perturbó este logro porque el Director de la Escuela decidió, sin mayor análisis y sólo atendiendo su personal criterio, retirarlo de la institución, calificándole su conducta de mala. Y es que el procedimiento disciplinario utilizado, a pesar de ser formalmente intachable, en su contenido material se avisoran grandes fallas capaces de menoscabar el debido proceso. Sin duda, para la determinación sólo se tuvo

en cuenta las pruebas que entraban a perjudicar a ZAPATA BEDOYA, desatendiendo, sin mayor análisis, las diligencias que lo favorecían de los cargos a él endilgados".

Manifestó la Juez que, según su criterio, dentro del proceso no logró establecerse con la certeza requerida que las actividades de Zapata Bedoya atentaran contra derechos constitucionales de otros ni menos contra el orden jurídico porque los actos sexuales que se le atribuyeron requieren del concurso de dos personas.

Indicó que el accionante no podía expresarse en forma diferente porque en verdad sus actividades no resultaban reprochables en cuanto constituían la manera de desarrollar su personalidad.

Por tanto, consideró que el acto de sanción era arbitrario y que con él la Escuela de Policía "Simón Bolivar" menoscabó los derechos fundamentales del petente, "así la conducta allí mismo explicitada se encuentre tipificada en un ordenamiento legal, porque dentro de nuestro andamiaje jurídico la Constitución es norma de normas y cualquier ley que resulte contraria a sus planteamientos debe inaplicarse por el principio de excepción de inconstitucionalidad".

Ejercido el derecho a impugnar el fallo, por parte del Director de la institución educativa, fue revocado mediante Sentencia del 26 de agosto de 1994, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga -Sala de Decisión Penal-.

Después de hacer algunas consideraciones en tomo a los alcances constitucionales del derecho al debido proceso, reiterando que cobija no sólo a las actuaciones de la Rama Judicial sino a todas las que cumplen las autoridades administrativas, concluyó el Tribunal que en este caso se cumplió con el debido proceso y se respetó debidamente el derecho de defensa del acusado.

El proceso se llevó a cabo -expuso el Tribunal- previa práctica de diligencias breves y sumarias, que se recibieron descargos y que el juzgamiento de las faltas correspondió al Consejo Disciplinario del Instituto, todo de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 del Decreto 100 de 1989.

Puso de presente la Sentencia que el artículo 121 del citado Decreto contempla en el numeral 46 la conducta de "ejecutar actos de homosexualismo", como falta constitutiva de mala conducta que apareja la separación absoluta del responsable, consistente, según el artículo 95 Ibídem, en "la cesación definitiva del ejercicio de las funciones y atribuciones propias de la calidad policial".

Advirtió el fallo que el Consejo Disciplinario, al decidir, lo hizo con base en la prueba testimonial de cargo, otorgándole plena credibilidad, aunado al dictamen rendido por la sicóloga y la trabajadora social sobre el padecimiento por parte de Zapata de una perturbación sexual a cuyo respecto se sugirió tratamiento sicológico y seguimiento individual.

Para el Tribunal, si se cumplió con el debido proceso, no hay lugar a estimar que el derecho a la honra y al buen nombre se viera mancillado, pues la determinación de las directivas docentes de la Escuela fue producto de esas garantías procesales y de las formalidades previstas.

La Sala hizo notar que el Decreto 100 de 1989 fue derogado por el Decreto 2584 de 1993 y que en éste último se suprimió la falta que dió lugar a la expulsión del accionante y se estableció una segunda instancia ante el Director de la Escuela.

Sin embargo -consideró- la ritualidad cumplida en este caso con base en el Decreto 100 de 1989 tiene plena viabilidad en razón de estar vigente cuando tuvo lugar la investigación de los hechos denunciados.

Señaló, no obstante, que las conductas consistentes en actos homosexuales quedaron incorporadas bajo otra semántica en el Decreto 2584 de 1993, artículo 39. Allí se incluyó como falta contra el ejercicio de la profesión la de "adoptar modales no acordes con las buenas costumbres y el respeto debido". No se desconoció, entonces, el principio de favorabilidad.

Dijo el Tribunal que el alumno Zapata Bedoya fue oído en diligencia de descargos y que en ella solicitó se escuchara en declaración a algunos de sus compañeros de estudio, los cuales rindieron testimonio en ese proceso.

Subrayó la providencia que, al lado del reconocimiento de derechos fundamentales, es lógico y natural que las instituciones impongan a la persona ciertos deberes correlativos.

En el caso concreto -concluyó- al accionante le asiste todo el derecho a desarrollar libremente su personalidad, pero cumpliendo con deberes que la misma Constitución y la ley le exigen. El hecho de pertenecer el actor a una institución armada en calidad de alumno lo obligaba a un comportamiento acorde con sus reglamentos, exponiéndose a las consecuencias que pudieran derivarse en caso de incumplimiento.

Para la Sala del Tribunal los actos de carácter homosexual, ejecutados por el señor Zapata Bedoya, riñen abiertamente con la disciplina, naturaleza y buena imagen de la Institución, en la cual se estila precisamente un comportamiento rígido, severo, disciplinado, orientado a canalizar las buenas cos-

tumbres y el respeto a los demás, sin dar lugar a hostigamientos de orden sexual, que sin lugar a dudas causan daño a los afectados y al grupo. Por ello, deben ser objeto de sanción.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos mencionados, según lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y con arreglo a las normas establecidas en el Decreto 2591 de 1991.

La disciplina, elemento esencial de la educación. Alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad

A juicio de la Corte, la educación no se confunde con el simple acto de enseñar o transmitir conocimientos, sino que corresponde a un proceso que, para producir los resultados en pos de los cuales se instituye y se protege, debe incidir de manera eficiente en la estructuración de la personalidad y en los hábitos de comportamiento del individuo.

Con certeza se puede afirmar, entonces, que una responsable tarea educativa -desde sus primeras expresiones familiares hasta los últimos grados de la secundaria y también en los niveles de la educación superior- no se agota en los aspectos instructivos, sino que debe incorporar, necesaria y primordialmente, elementos formativos, que se reflejen en las diversas facetas del carácter, dentro del criterio de constante perfeccionamiento de la persona. De nada sirve el conocimiento de la ciencia o de la técnica si la calidad del ser humano cesa en su evolución hacia estadios superiores, delata retroceso o se corrompe. Es precisamente su preservación y desarrollo lo que se confía al educador, quien tiene la obligación de poner al servicio de la noble función que cumple todos los instrumentos válidos y lícitos a su alcance.

Es por ello que, a la luz del artículo 67 de la Carta Política, el Estado ejerce la suprema inspección y vigilancia sobre los establecimientos educativos públicos y privados, "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*" (Subraya la Corte).

Al respecto la Corte Constitucional ha destacado:

> "La educación que la Carta Política consagra como derecho y como servicio público no comprende tan sólo la transmisión de co-

nocimientos o la instrucción del estudiante en determinadas áreas, sino que encierra, ante todo, la formación moral, intelectual y física de la persona, tal como lo declara sin rodeos el artículo 67, inciso 5º, de la Constitución.

La labor educativa que desempeñan la familia, los planteles y el Estado no termina en el individuo que la recibe sino que, como tantas veces lo ha expresado esta Corte, cumple una *función social* en cuanto sus resultados -positivos o negativos- repercuten necesariamente en la colectividad cuando el estudiante entra en relación con ella. De los principios y valores que profese y practique -los cuales no adquiere por generación espontánea, sino que le deben ser inculcados desde la más tierna infancia hasta el último grado de la formación profesional- depende en gran medida el comportamiento del individuo en el medio social, el cual se traduce, a la vez -miradas las cosas globalmente- en la forma de vida de la sociedad entera. Nada bueno puede esperarse de un conglomerado cuyos integrantes, por el descuido de sus mayores, carecen de una mínima estructura moral o de los principios básicos que hagan posible la convivencia pacífica, el mutuo respeto, el acatamiento del orden jurídico y el sano desarrollo de las múltiples relaciones interindividuales y colectivas.

El hombre -considera la Corte- debe estar preparado para vivir en armonía con sus congéneres, para someterse a la disciplina que toda comunidad supone, para asumir sus propias responsabilidades y para ejercer la libertad dentro de las normas que estructuran el orden social". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-341 del 25 de agosto de 1993).

La Sala Plena de la Corporación afirmó:

"Es claro que la tarea de educar comprende no solamente la instrucción, entendida como transmisión sistemática de conocimientos, sino que abarca, sobre todo, la formación de la persona, en sus aspectos físico, intelectual y moral, armónicamente integrados, con el fin de conducirla hacia los fines de su pleno desarrollo, para lo cual ha de seguirse un método previamente trazado por el educador; a éste corresponde sacar a flote las condiciones y aptitudes del educando, moldeándolas y perfeccionándolas.

La educación es, además, un proceso constante y progresivo, cuyo desenvolvimiento exige preparación y dedicación por parte de quien educa.

Requiere, de otro lado, que el educador, además de prescribir y explicar al educando aquellos hábitos en los cuales se lo quiere

> formar, lo invite a adquirirlos mediante su ejemplo, corrija oportunamente las distorsiones y sancione razonablemente las faltas en que el alumno incurra, buscando evitar que en el futuro se repitan".(Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-371 del 25 de agosto de 1994).

Han de ser reafirmados en la presente ocasión los criterios que anteceden, pues la Sala estima necesario insistir en que no por ser fundamental un derecho se convierte en absoluto. Por el contrario, todos encuentran sus límites y restricciones en el orden jurídico, en la prevalencia del interés general y en los derechos de los demás, fuera de que su ejercicio habrá de estar siempre acompañado por la imposición de deberes correlativos, como lo apuntara con acierto el Tribunal de Buga.

Así las cosas, no puede alegarse un mal entendido derecho al libre desarrollo de la personalidad como argumento válido para neutralizar la actividad de formación que tiene a su cargo todo plantel educativo, mientras éste no desborde en su ejercicio los razonables confines que su finalidad le impone ni desconozca las garantías constitucionales.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad afirma la autonomía de cada ser humano como individuo único e irrepetible, cuyas tendencias y naturales inclinaciones merecen respeto en tanto no impliquen daño a otros o a la colectividad, sin que deba entenderse que, en el ámbito educativo, la búsqueda de realización de la persona resulte aceptable como pretexto para negar efectos a los actos de autoridad lícitos, que son inherentes a la función educativa.

La disciplina, que es indispensable en toda organización social para asegurar el logro de sus fines dentro de un orden mínimo, resulta inherente a la educación, en cuanto hace parte insustituible de la formación del individuo. Pretender que, por una errónea concepción del derecho al libre desarrollo de la personalidad, las instituciones educativas renuncien a exigir de sus alumnos comportamientos acordes con un régimen disciplinario al que están obligados desde su ingreso, equivale a contrariar los objetivos propios de la función formativa que cumple la educación.

Al respecto ha señalado esta Corte:

> "...La vinculación formal de la persona a un plantel resulta ser inútil si no está referida al contenido mismo de una *formación integral* que tome al individuo en las distintas dimensiones del ser humano y que se imparta con la mira puesta en la posterior inserción de aquel en el seno de la sociedad.

> De lo dicho se concluye que cuando el centro educativo exige del estudiante *respuestas*, en materia académica, disciplinaria, moral y física, o cuando demanda de él unas *responsabilidades* propias de su estado, así como cuando impone *sanciones* proporcionales a las faltas que comete, siempre que desempeñe tal papel de modo razonable y sujeto al orden jurídico, no está violando los derechos fundamentales del educando sino, por el contrario, entregando a éste la *calidad* de educación que la Constitución desea". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-341 del 25 de agosto de 1993).

Lo dicho es aplicable a todo centro educativo pero tiene mayor importancia cuando se trata de establecimientos en los cuales se imparte formación a quienes pertenecen o habrán de pertenecer a las fuerzas armadas de la República, puesto que su misión habrá de requerir la disciplina individual y colectiva en un grado mucho más exigente.

En ese orden de ideas, no es violatorio de los derechos fundamentales el acto por el cual se sanciona a un estudiante por incurrir en faltas que comprometen la disciplina del plantel, siempre que se respeten las garantías del debido proceso, que se prueben los hechos imputados y que la sanción esté contemplada previamente en el respectivo reglamento.

Para la Corte es claro que, tanto los actos de homosexualidad como los que impliquen objetivamente el acoso o asedio a los compañeros dentro del establecimiento, quebrantan de manera ostensible y grave la disciplina y además ofenden a los demás integrantes de la comunidad educativa, quienes merecen respeto, por todo lo cual aquéllos deben ser oportuna y ciertamente castigados.

Desde luego, para llegar a imponer las correspondientes sanciones, debe estar acreditado sin duda, sobre la base de hechos patentes, que tales actos se cometieron, por lo cual se excluyen las consideraciones meramente subjetivas provenientes de rumores o maledicencias, cuya precipitada aceptación por las autoridades educativas implica vulneración a la honra y al buen nombre del inculpado.

El caso concreto

La Escuela "Simón Bolívar" de Tuluá adelantó, con la plenitud de las garantías del debido proceso y el derecho de defensa, un proceso disciplinario interno del cual dedujeron las competentes autoridades educativas que el estudiante Milton Zapata Bedoya ejecutó actos de homosexualidad que lesionaron gravemente la moral, el prestigio y la disciplina de la Policía Nacional.

Como consecuencia de esa conclusión, mediante acto del 20 de enero de 1994, la Escuela dispuso sancionar al alumno con el retiro definitivo, con nota de mala conducta, en razón de haber infringido el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional, Decreto 100 de 1989 (artículo 121, numeral 46).

Un análisis de los antecedentes procesales del caso muestra a las claras que el establecimiento educativo procedió con arreglo a las normas del debido proceso, pues dió al estudiante la oportunidad de defenderse, acogió las pruebas necesarias para definir su responsabilidad, le permitió controvertirlas, lo oyó en descargos y la decisión fue adoptada por las autoridades que tenían competencia para ello, es decir, el Consejo Disciplinario de la Escuela en primera instancia y el Director de la Escuela en forma definitiva.

Se atendió, entonces, lo dispuesto en el artículo 87 del Decreto 2584 de 1993, por el cual se modificó el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional, aplicable, según su artículo 1°, numeral 3, a los alumnos de las escuelas de formación y especialización.

De conformidad con el mencionado artículo 87, "previa la práctica de diligencias breves y sumarias y la contestación del pliego de cargos, el juzgamiento de las faltas contra el ejercicio de la profesión cometidas por los alféreces, cadetes o alumnos de las escuelas de formación, le corresponde al consejo disciplinario del respectivo instituto, en primera instancia".

La norma establece que, cuando se disponga la destitución del investigado, el director de la escuela ordenará su inmediata desincorporación e informará la novedad a la Dirección General de la Policía, para la formalización de la sanción.

Agrega que la decisión del consejo disciplinario podrá ser ratificada o modificada por el director de la escuela, quien decidirá definitivamente sobre la responsabilidad o inocencia del inculpado.

Observa la Corte que la falta imputada a Zapata Bedoya encaja tanto en el anterior Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional (Decreto Ley 100 de 1989) como en el actual (Decreto Ley 2584 de 1993).

El primero de los mencionados estatutos disponía en su artículo 121, numeral 46, que "ejecutar actos de homosexualismo" era causal constitutiva de mala conducta.

En el Decreto 2584 de 1993, el artículo 39 dispone en su numeral 1 que es falta contra el ejercicio de la profesión "adoptar modales no acordes con las

buenas costumbres y el respeto debido" a los superiores, subalternos y compañeros.

Algunos de los hechos objeto de la investigación tuvieron ocurrencia, según la resolución sancionatoria, el 29 de noviembre de 1993 y otros antes de esa fecha, es decir, que se cometieron cuando estaba vigente el Decreto 100 de 1989, apenas derogado el 22 de diciembre de 1993, fecha en la cual entró a regir el nuevo Reglamento de Disciplina (Decreto 2584 de 1993). La decisión de sancionar se adoptó el 20 de enero de 1994, es decir, bajo la vigencia de la normatividad últimamente mencionada.

Si la falta de la cual se sindicaba a Zapata Bedoya hubiera desaparecido en el estatuto posterior -hoy vigente- tendría que haberse aplicado el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, que la Corte no duda en afirmar es de obligatorio acatamiento para todo proceso disciplinario, aun los que adelantan los establecimientos educativos.

No aconteció así en el presente caso, toda vez que los actos de los cuales se halló responsable al accionante siguieron siendo catalogados como faltas disciplinarias en el Decreto 2584 de 1993, pues de suyo implicaban falta de respeto a los compañeros y eran contrarios a las buenas costumbres (artículo 39, numeral 1).

La Corte se abstendrá de reproducir los testimonios de los varios estudiantes que fueron llamados a declarar por la Dirección del centro educativo en relación con los hechos investigados, pues, aunque tienen valor probatorio y resultan decisivos para el fallo, revelan detalles cuya transcripción literal en las presentes consideraciones es innecesaria.

De tales declaraciones, en las que se basó fundamentalmente la autoridad educativa, surge la conclusión de que, en efecto, el estudiante acusado incurrió en conductas contrarias a la disciplina del plantel, por cuanto en varias oportunidades, dentro y fuera del mismo, asumió actitudes mediante las cuales, independientemente de que haya sido "por chanza" -como lo dijo en sus descargos- o con la intención de establecer relaciones homosexuales con compañeros suyos, lo cierto y objetivo es que pasó de las puras expresiones verbales a hechos, en sí mismos ajenos al respeto que merece toda persona y a la seriedad, el decoro y austeridad que exige la vinculación a un cuerpo armado.

No es admisible la hipótesis sostenida por la Juez de instancia en el sentido de que el análisis probatorio fue parcializado contra el estudiante, pues sobre su mala conducta hubo testimonios suficientemente claros y explícitos, no de uno sino de varios de sus condiscípulos, y, lo más importante, de la propia declaración de descargos rendida por el implicado resulta indudable

que sí actuó como lo señalaron aquéllos, aunque pretendió justificar sus actos con disculpas casi infantiles que en nada desvirtuaron una conducta a todas luces reprochable.

Está probado y admitido por Zapata Bedoya que se aproximó con intenciones malsanas a su compañero Rodriguez Alsina en octubre de 1993, cuando salieron de franquicia, y, aunque esta actuación suya no podía dar lugar a sanción por haber tenido lugar fuera del establecimiento y del servicio, dió origen a la investigación de su conducta, encontrándose en el curso de la misma que con anterioridad y en forma reiterada, dentro de la Escuela, el inculpado hacía alusiones a los cuerpos de sus condiscípulos e incluso "los tocaba y acariciaba" (Cfr., por ejemplo, la declaración de Elkin Ruiz Ruiz, Folio 25 del Expediente) y que en el aula de estudios observaba "comportamientos raros" y ejecutaba actos de verdadero acoso sexual respecto del mencionado Rodríguez ALsina (Cfr. la declaración de Julio Rodríguez Cabezas, Folio 26 del Expediente).

Resulta de especial importancia la declaración del alumno José Luis Villa Merino, relativa a hechos aceptados por Zapata Bedoya, que tuvieron lugar en el interior del plantel, durante la denominada "recogida", cuando actuó de manera franca y descarada, en total contradicción con las buenas costumbres y la disciplina a la que estaba obligado.

Tampoco comparte la Corte el criterio de la Juez de primera instancia cuando expresa que Zapata Bedoya fue discriminado por ser homosexual y que, en consecuencia, se violó su derecho a la igualdad.

De lo que se deja expuesto puede deducirse que los motivos de la investigación y de la sanción no tenían que ver con la condición de homosexual del estudiante, sino con *sus actos* de indisciplina y falta de respeto, mirados desde el punto de vista objetivo. Aunque tales actos hubieran sido heterosexuales, habrían tenido que conducir a la sanción, por cuanto lo que estaba de por medio, como lo dijo la resolución correspondiente, era "la moral, el prestigio y la disciplina de la Policía Nacional".

La igualdad ante la ley no consiste en admitir que quien presenta una condición anormal -como la homosexualidad- esté autorizado para actuar explícita y públicamente con el objeto de satisfacer sus inclinaciones e incurrir, sin poder ser castigado, en conductas ajenas a la respetabilidad de un centro educativo, menos todavía si éste pertenece a una institución cuya alta misión exige de quienes la componen las más excelsas virtudes.

Por el contrario, en casos como el examinado, la igualdad se realiza aplicando a todos las mismas exigencias de disciplina y adecuado comportamiento e imponiendo las sanciones a quienes vulneran el régimen interno

correspondiente. Tal principio se vería desconocido, en contra de la mayoría de estudiantes, si la autoridad se viera precisada a perdonar o a hacer que pasara inadvertida toda falta de un alumno por el sólo hecho de ser homosexual.

La Corte tampoco acepta el argumento de la Juez de primera instancia en el sentido de que Zapata Bedoya había mostrado en el pasado un excelente desempeño como alumno de la Escuela y una ejemplar hoja de vida. No se juzgaban sus antecedentes, por los cuales obviamente no merecía reproche, sino unas determinadas y concretas conductas, ciertamente no ejemplares, que, en sí mismas, exigían una sanción, en guarda del orden institucional.

Afirmó el solicitante que la Escuela, al sancionarlo, había violado sus derechos a la honra y al buen nombre.

Basta al respecto reiterar lo que en varias ocasiones ha sostenido esta Corte en cuanto a tales derechos:

> "El buen nombre alude al concepto que del individuo tienen los demás miembros de la sociedad en relación con su comportamiento, honestidad, decoro, calidades, condiciones humanas y profesionales, antecedentes y ejecutorias. Representa uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social de la persona y constituye factor indispensable de la dignidad que a cada uno debe ser reconocida.
>
> (...)
>
> ...el derecho al buen nombre no es gratuito. Por su misma naturaleza, exige como presupuesto indispensable el mérito, esto es, la conducta irreprochable de quien aspira a ser su titular y el reconocimiento social del mismo. En otros términos, el buen nombre se adquiere gracias al adecuado comportamiento del individuo, debidamente apreciado en sus manifestaciones externas por la colectividad.
>
> Lo anterior implica que no está en posición de reclamar respeto y consideración a su buen nombre quien ha incurrido en actos u omisiones que de suyo generan el deterioro del concepto general en que se tiene al interesado..." (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia del 10 de mayo de 1994).

Así, la mejor manera de haber conservado su honra y buen nombre era, en el caso de Zapata Bedoya, su conducta seria y digna, el respeto y consideración hacia sus compañeros y hacia la institución a la que pertenecía.

Se confirmará el fallo de segunda instancia.

IV DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR en todas sus partes la Sentencia proferida el 26 de agosto de 1994 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Segundo.- LIBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Presidente de la Sala
- Salvamento de Voto -

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA No. T-037
de febrero 06 de 1995

HOMOSEXUALISMO EN LAS FUERZAS MILITARES
(Salvamento de voto)

Los hechos aducidos como determinantes de la expulsión ocurrieron por fuera de la Escuela, en la alcoba de una casa particular, entre personas mayores, y no han debido ser siquiera objeto de investigación, pues pertenecen a la órbita íntima de los implicados. Que fue ese comportamiento -y no otro- el que motivó la expulsión, no es, pues, una inferencia gratuita de quien suscribe este salvamento. Es una declaración oficial, explícita, contenida en la citada resolución. No hubo trastornos en la disciplina del plantel. Al peticionario lo sancionaron, sin el más leve asomo de duda, no por indisciplinado sino por homosexual. Afirmar lo contrario es distorsionar la realidad para justificar lo injustificable.

DERECHO A LA IGUALDAD DE HOMOSEXUALES
(Salvamento de voto)

Si al peticionario lo sancionaran por homosexual (y por eso lo sancionaron), se le discriminó en función de una circunstancia que a la luz de la Constitución colombiana no puede generar ese tratamiento. La preferencia por uno u otro sexo es asunto de cada quien y así lo reconoce nuestra Norma Fundamental. Otra cosa es que los comportamientos sexuales interfieran con la convivencia ordenada que ha de observarse en cualquier institución, y entonces sí pueden ser jurídicamente reprochables, pero sin distinguir, entonces, si son homo o heterosexuales. La conducta del peticionario no entorpeció la marcha de la institución de donde se le expulsa, y por eso su sanción es contraria al artículo 13 constitucional.

DERECHO A LA EDUCACION DE HOMOSEXUALES
(Salvamento de voto)

Al segregársele -por homosexual- del establecimiento donde cursaba sus estudios se le priva de la posibilidad de continuarlos y de culminarlos y, por ende, se le vulnera un derecho consagrado en el artículo 67 de nuestra Carta Política, reconocido varias veces por la Corte como fundamental, cercenándosele de paso el derecho de realizarse como persona en el campo que había elegido, impidiéndosele lograr las metas que se había propuesto, es decir, obstaculizándosele el derecho a desarrollar su personalidad libremente.

PROCESO DISCIPLINARIO POR CONDUCTA HOMOSEXUAL
(Salvamento de voto)

La violación del debido proceso tuvo lugar de dos maneras: 1) Por iniciarse la investigación disciplinaria por un hecho (la homosexualidad) que dentro de la nueva normatividad básica ya no podía dar lugar a ella. 2) Porque habiendo dejado de ser el homosexualismo causal de expulsión (al entrar en vigencia un nuevo reglamento), en el tiempo que transcurrió entre la imposición del castigo y el momento en que el afectado reclamó, ha debido darse aplicación retroactiva a la nueva disposición reglamentaria, más favorable a sus intereses, en obediencia de normas positivas que así lo disponen, y de la filosofía que informa todo nuestro sistema.

Ref.: Expediente T-46622

Propuse a la Sala, como magistrado ponente, que en el proceso de la referencia se tutelaran los derechos a la intimidad, a la igualdad, a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso. La opinión de mis colegas, adversa a ese punto de vista, queda expuesta en la sentencia.

Las razones que me asistían para sustentar mi posición, son las mismas que a continuación expongo, brevemente, como salvamento de voto.

1. **Violación del derecho a la intimidad**. Se desprende, sin el más leve asomo de duda, de la resolución que sancionó a Zapata Bedoya. En efecto, en el primer pronunciamiento se lee:

> "Artículo (sic) Primero: Retirar en forma absoluta y con nota de Mala Conducta de la Policía Nacional al AL. ZAPATA BEDOYA MILTON, C.C. 94.389.360 de Tuluá Valle, perteneciente a la Compañía Simón Bolívar, *al establecerse plenamente que infringió el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional, Decreto 100 del 110189, en su libro II, Título III, Capítulo II Art. 121 DE LAS FALTAS CONSTITUTIVAS DE MALA CONDUCTA, numeral 46 "EJECUTAR*

ACTOS DE HOMOSEXUALISMO, hechos ocurridos el día 29-10-93, consistente en ejecutar actos que lesionan gravemente la moral y el prestigio y la disciplina de la Policía Nacional". (Subrayas fuera del texto).

Pues bien: los hechos aducidos como determinantes de la expulsión ocurrieron por fuera de la Escuela, en la alcoba de una casa particular, entre personas mayores, y no han debido ser siquiera objeto de investigación, pues pertenecen a la órbita íntima de los implicados.

Que fue ese comportamiento -y no otro- el que motivó la expulsión, no es, pues, una inferencia gratuita de quien suscribe este salvamento. Es una declaración oficial, explícita, contenida en la citada resolución.

No es entonces sensato, ni ajustado a la realidad procesal, el que se pretenda justificar la medida represiva como respuesta a actos de indisciplina realizados dentro de la Escuela. Estos, ambiguos e intrascendentes, apenas cobraron significación retroactiva a partir del episodio privado que fue, sin duda, la causa de la sanción. Tan inocuos serían que ni siquiera fueron objeto de investigación disciplinaria en los distintos momentos en que tuvieron ocurrencia. No hubo, pues, trastornos en la disciplina del plantel. A Milton Zapata lo sancionaron, sin el más leve asomo de duda, no por indisciplinado sino por homosexual. Afirmar lo contrario es distorsionar la realidad para justificar lo injustificable.

2. **Violación del derecho a la igualdad.** Si a Milton Zapata lo sancionaran por homosexual (y por eso lo sancionaran), se le discriminó en función de una circunstancia que a la luz de la Constitución colombiana no puede generar ese tratamiento. La preferencia por uno u otro sexo es asunto de cada quien y así lo reconoce nuestra Norma Fundamental. Otra cosa es que los comportamientos sexuales interfieran con la convivencia ordenada que ha de observarse en cualquier institución, y entonces sí pueden ser jurídicamente reprochables, pero sin distinguir, entonces, si son homo o heterosexuales. La conducta de Milton Zapata no entorpeció la marcha de la institución de donde se le expulsa, y por eso su sanción es contraria al artículo 13 constitucional.

3. **Violación del derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad.** Pero de una injuria se sigue otra. Al segregársele -por homosexual- del establecimiento donde cursaba sus estudios se le priva de la posibilidad de continuarlos y de culminarlos y, por ende, se le vulnera un derecho consagrado en el artículo 67 de nuestra Carta Política, reconocido varias veces por la Corte como fundamental, cercenándosele de paso el

derecho de realizarse como persona en el campo que había elegido, impidiéndosele lograr las metas que se había propuesto, es decir, obstaculizándosele el derecho a desarrollar su personalidad libremente, tal como lo consagra el artículo 16 Superior.

4. **Violación del debido proceso**. En el caso *sub examine* éste tuvo lugar de dos maneras: 1) Por iniciarse la investigación disciplinaria por un hecho (la homosexualidad) que dentro de la nueva normatividad básica ya no podía dar lugar a ella. 2) Porque habiendo dejado de ser el homosexualismo causal de expulsión (al entrar en vigencia un nuevo reglamento), en el tiempo que transcurrió entre la imposición del castigo y el momento en que el afectado reclamó, ha debido darse aplicación retroactiva a la nueva disposición reglamentaria, más favorable a sus intereses, en obediencia de normas positivas que así lo disponen, y de la filosofía que informa todo nuestro sistema.

Fecha ut supra.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

SENTENCIA No. SU-043
de febrero 09 de 1995

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS - Protección estatal / **DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

El derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, lo cual significa que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la "cobertura" familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta.

DERECHO A LA SALUD - Atención al paciente

Las entidades, públicas o privadas, encargadas de llevar al afiliado y a su familia los beneficios del Plan Obligatorio de Salud no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente.

MENOR ENFERMO - Protección / **ISS** - Cobertura familiar

Aún en estados terminales, el ISS, no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales a sus pacientes, queda así reafirmada la interpretación jurídica del término CURACION. En este caso existe concepto médico autorizado, según el cual no obstante ser incurable la dolencia de la menor, su afección es controlable, lo cual habilita para que se le dé tratamiento de soporte, mantenimiento y control para evitar el deterioro de su salud, desde luego indeseable y proscrito a la luz de la Constitución y de la ley. El ISS, re-

conociendo los amparos concedidos por la Corte Constitucional en diferentes sentencias de revisión y lo señalado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, ha puesto punto final a cualquier discusión, admitiendo la cobertura del servicio para los hijos de afiliados que sufran de enfermedades como el dawn, parálisis cerebral y otras.

Sala plena

Ref.: Expediente No. T-45127

Peticionario: María Elena Alvarez Ramírez, en representación de su hija menor de edad.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., febrero nueve (9) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales de revisión, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre la sentencia relacionada con la acción de la referencia, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín.

I. ANTECEDENTES:

A. La Petición

La señora María Elena Alvarez Ramírez, en representación de su hija menor, quien se encuentra debidamente identificada en el expediente y en todos los documentos correspondientes a estas actuaciones, pero cuyo nombre se mantiene en reserva en esta providencia para salvaguardar sus derechos constitucionales y legales a la intimidad y al buen nombre, presentó en la forma debida y ante la oficina judicial de Medellín el día 21 de julio de 1994, un escrito en virtud del cual ejerce la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional contra el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.), Seccional Antioquia para obtener la protección judicial de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de aquella menor de edad; el conocimiento y el fallo de la petición respectiva correspondió por reparto al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, que no accedió a lo demandado.

De conformidad con las manifestaciones de la peticionaria, la acción de la referencia se dirige de manera específica a obtener la protección judicial del derecho constitucional fundamental a la vida y de los demás derechos fundamentales de los niños que se relacionan, en este caso, con el estado de salud de su hija, a quien el Instituto de Seguros Sociales, a partir del 20 de

Noviembre de 1990 decidió no prestarle más los servicios médicos para el tratamiento de la esclerosis tuberosa o enfermedad de Bounerille, y de la enfermedad renal quística con diagnóstico de incurable, bajo el supuesto según el cual, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Decreto 770 de 1975, la menor no es tributaria de prórroga por parte del I.S.S. en el goce de los mencionados servicios.

Pero además, posteriormente, ante las nuevas disposiciones legales vigentes desde 1993, y con ocasión de una solicitud en el mismo sentido, se le manifestó a la peticionaria en oficio de abril 29 de 1994, suscrito por la Subgerente de Servicios de Salud del mencionado instituto, que en ausencia de "la reglamentación por parte del Gobierno respecto de los paquetes obligatorios de salud de que habla la Ley 100 de 1993", el I.S.S., de conformidad con lo establecido en el Decreto 1650 de 1977, debe aplicar el Decreto 770 de 1975, que establece unos requisitos de carácter médico-científico, que no se cumplen en el caso de la hija de la peticionaria. Ante esta situación, la peticionaría intenta la acción de la referencia, y presenta la demanda de tutela para obtener el amparo judicial de sus derechos constitucionales fundamentales, que según su parecer resultan desconocidos por la suspensión de la atención médica y por la negativa a reanudar la prestación de los servicios que le corresponden a su hija frente a lo dispuesto en la nueva Constitución y en la Ley 100 de 1993.

B. Hechos

1. Los hechos que expone la accionante por intermedio de su apoderado, como causa de la acción, se resumen así:

-La peticionaria informa que es afiliada del I.S.S. desde 1964 y que en el mes de mayo de 1980, en las dependencias del I.S.S. nació su hija con diferentes enfermedades congénitas graves, tal como consta en la historia clínica cuya fotocopia anexa.

-Afirma que el día 20 de noviembre de 1990, el Dr. Luis Carlos Ochoa, Coordinador de Pediatría, "basado en el decreto 0770 artículo 26", retiró el derecho que tenía la menor como beneficiaria para ser atendida en el I.S.S.

-Indica que conoce razones reglamentarias para la suspensión del servicio, pero insiste en que, en su caso, el I.S.S. debe reconsiderar la decisión, debido a las múltiples lesiones que padece su hija desde el nacimiento, mucho más, si se aplica lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 en materia de servicios solidarios de salud.

-Además, la peticionaria afirma que no posee medios económicos suficientes que le permitan ofrecer el tratamiento a su hija, teniendo en cuenta

que su única fuente de subsistencia es su trabajo en una empresa donde se desempeña como operaria.

En este sentido reconoce que, a instancias suyas, y por el pago que hace de los costos que puede sufragar, la atención médica se le esté prestando a la enferma en el hospital de San Vicente de Paul, que es una entidad privada más económica que todas las demás, pero advierte que no obstante hacer todo lo posible para garantizarle a su hija la atención médica que requiere de neurólogo, oftalmólogo, dermatólogo, nefrólogo, endocrinólogo, ortopedista y odontólogo, los costos que debe sufragar de sus recursos en este centro hospitalario, se hacen inalcanzables y que ellos deben ser cubiertos por la entidad de seguridad social a la que está afiliada, de conformidad con las leyes vigentes.

2. De otra parte, la Corte encuentra en el expediente de la referencia algunos documentos que acreditan otros hechos pertinentes al caso, que en la oportunidad correspondiente, serán tenidos en cuenta por esta Corporación, para adoptar la resolución que procede, como quiera que fueron allegados por la peticionaria, por la entidad contra la que se dirige la petición y por el perito designado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo ordenado por el Juez de instancia.

Así, aparece fotocopia de la "historia clínica" de la menor, desde septiembre de 1980, en la que se registra en varios documentos la evolución del estado general de salud de la menor; y en especial de las enfermedades que padece como la "Esclerosis tuberosa" con epilepsia y allí aparece el examen ecográfico de la unidad renal del I.S.S. del 10 de Octubre de 1990 en el que se opina que, por estar los riñones francamente aumentados por la existencia de múltiples quistes, puede padecer de una poliquistosis; se observa que este examen se práctica después de 9 años sin que se le haya hecho este tipo de evaluación de los quistes renales.

En el diagnóstico del neurólogo se advierte "Esclerosis Tuberosa con Epilepsia" catalogada como "Enfermedad controlable pero no curable"; De igual modo, el coordinador de pediatría advierte que como se trata de una enfermedad no curable la niña no es tributaria de prórroga.

Posteriormente, el 8 de noviembre de 1990 el nefrólogo observa que "El dictamen clínico y patológico de la niña ... es Esclerosis Tuberosa o enfermedad de Bounerville. La Afección renal quística en ella no es curable pero tiene mejor pronóstico de supervivencia renal que la poliquistosis en que se pensó. Sin embargo, se puede llegar a requerir terapia de reemplazo renal."

Además, se encuentra que en oficio del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, fechado el 29 de abril de 1994 y dirigido a la peticiona-

ria, se le comunica el trámite dado a su solicitud formulada en el mismo sentido en el que posteriormente plantea la acción de tutela de la referencia, y que le es negada por la falta de reglamentación de los derechos de asistencia médica de cobertura familiar previstos en la Ley 100 de 1993; en el mencionado oficio se le advierte que aquella respuesta se adopta en aplicación a la reglamentación vigente en especial de lo dispuesto por el artículo 60 del Decreto 3063 de 1989, y de los Decretos 770 de 1975 y 1650 de 1977.

Además, por disposición del juzgado de instancia aparecen las correspondientes evaluaciones médicas, así:

a. La del Seguro Social en la que se advierte que la niña sufre de poliquistosis renal congénita, esclerosis tuberosa, síndrome convulsivo, hernia umbilical, ovario poliquístico derecho, verruga vulgar índice izquierdo, insuficiencia renal crónica secundaria a la poliquistosis renal y astigmatismo ocular.

b. La del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, en la que se advierte que "La esclerosis tuberosa con sus diferentes componentes clínico patológicos (síndrome convulsivo, retardo mental, lesiones cutáneas, etc.), que presenta esta paciente no es una enfermedad curable."

C. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia de agosto 3 de 1994 resolvió: "No tutelar la petición formulada por la señora María Elena Alvarez Ramírez, en calidad de madre de la menor cuya identidad aparece en el expediente en contra del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y del Dr. Luis Carlos V.", con base en las siguientes consideraciones:

Señala el juzgador, que de acuerdo con la historia clínica de la menor, se concluye que sufre de una enfermedad denominada "esclerosis tuberosa con diferentes componentes clínico-patológicos (síndrome convulsiva retardo mental, lesiones cutáneas, etc.), que no son curables.

- Indica que el artículo 26 del Decreto 770 de mayo 20 de 1975 establece:

"Los hijos de los asegurados amparados por el seguro de enfermedad general y maternidad, tendrán derecho a la necesaria asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, así como a los correspondientes servicios paramédicos y médicos auxiliares de diagnóstico y tratamiento durante el primer año de vida.

Cuando se diagnostique enfermedad durante el primer año de edad, el hijo del asegurado tendrá derecho, en cualquier tiempo a todas las presta-

ciones asistenciales necesarias cuando a juicio del servicio médico no sea procedente su tratamiento dentro del primer año de vida y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación".

-Indica que teniendo en cuenta que la menor padece de una enfermedad incurable, y la norma antes señalada se encuentra vigente, el Instituto no puede continuar prestando los servicios a la menor; la peticionaria, debe entonces recurrir ante una institución del Estado en busca de los recursos médico-asistenciales que requiere su hija y no acudir, por vía de la acción de tutela, a la búsqueda de dicho fin.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a. La Competencia

Es competente la Sala para conocer de la acción de tutela de la referencia, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 86 inciso 2o. y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, desarrollados en los artículos 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

b. La Materia

1. Como cuestión preliminar en este asunto, para la Corte Constitucional es claro que desde los mismos orígenes del reconocimiento formal de los derechos sociales de los trabajadores, y en especial, del derecho de estos a la seguridad social, incorporado en nuestro régimen constitucional desde la reforma de la 1936, como derecho de contenido programático y, al mismo tiempo, como deber del Estado y de los particulares, pero en todo caso relacionado con el trabajo como obligación social (arts. 16 y 17 de la C.N. de 1886), se fomenta por el Estado y por virtud de la ley, entre otras relaciones, el establecimiento de vínculos regulares y ordenados de carácter social, económico y financiero, entre los patronos, los trabajadores y las entidades de seguridad social y de asistencia médica y de salud, creadas con fines de seguridad social, para brindarles a estos últimos, los servicios y la atención que no podrían sufragar con su salario.

Estos elementos normativos de compromiso entre las clases sociales, que datan desde la redacción de la Constitución de Weimar y de la Constitución Mexicana de 1917, encuentran suficientes fundamentos doctrinarios en las teorías del primer "Estado Social de Derecho", formuladas, entre otros por Herman Heller, y que parten del reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores y de la legitimación del conflicto económico entre capital y trabajo, y en las de la intervención del Estado con fines de prevención de las

crisis cíclicas de los mercados, que suelen producir penuria generalizada acompañada con depresión de las economías capitalistas.

2. En aquellas corrientes del pensamiento democrático de este siglo, de verdadero y profundo influjo en las labores del Constituyente de 1936 y en la jurisprudencia nacional que se desarrolla después de la expedición de aquella reforma, se parte del supuesto de la validez y eficacia del aumento del gasto social de orden fiscal y patronal, y de la necesidad de la orientación oficial y pública de la economía, para controlar el comportamiento de la demanda agregada y del ahorro, sin que por ello se admitiese la propuesta, ni mucho menos la facultad normativa de desbordar la realidad financiera y patrimonial de la ecuación que se establece entre los aportes y los derechos y compromisos que se deben atender con los mencionados fines sociales de carácter prestacional, por las respectivas cajas, fondos o instituciones de seguridad social.

De otra parte, no debe olvidarse que el artículo 19 de la Carta de 1886, establecía otra modalidad específica de los derechos programáticos y de las garantías sociales, conocido como derecho a la asistencia pública, con profundas implicaciones presupuestales de todo orden, como quiera que servía de fundamento a todo el gasto social del Estado y a la financiación de las entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de las personas físicamente incapacitadas para trabajar, en los siguientes términos:

"Artículo 19. La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar.

"La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que debe darla directamente el Estado."

En este sentido, y siguiendo la orientación social del pensamiento constitucional colombiano, también la Reforma de 1936 estableció la forma como se debía prestar la mencionada asistencia pública y los casos en que aquella debía ser prestada por el Estado, debían ser señalados por la ley no sólo como una competencia sino como un deber del legislador.

Con todo, se trataba de una relación jurídica diferente de la prestacional ordinaria y general que surge en el vínculo capital-trabajo y, reflejaba por su parte, la voluntad del constituyente y del legislador de brindar asistencia social y pública a quienes no podían trabajar y no podían exigirla de otras personas.

Ha sido pues una constante del constitucionalismo colombiano la de procurar la extensión de los derechos a la seguridad social y a la asistencia pública, a todas las personas trabajadoras o nó, y sean o no afiliados a enti-

dades especializadas del Estado, siempre en los términos previstos en la ley, criterio que ha recogido la Carta de 1991, desarrollada en estos aspectos por la Ley 100 de 1993 y por sus decretos reglamentarios, como se verá más adelante. Empero, la vieja noción de asistencia pública ha desaparecido en su versión original y ahora hace parte del derecho a la seguridad social, que en la Carta de 1991 aparece, de un lado junto al de la salud como un derecho constitucional fundamental de los niños (art. 44 C.N.) y, de otro, como un derecho constitucional de carácter social y económico pero irrenunciable de todos los habitantes (art. 48 C.N.).

3. Además, bajo estos supuestos normativos, se desarrollan a lo largo de la historia de la seguridad social institucional en nuestro régimen jurídico, otros elementos financieros, prestacionales y asistenciales bien detallados en la ley y en los reglamentos, en todo caso acompañados del paso del tiempo y de la edad de los afiliados, o de acontecimientos eventuales, como accidentes, o incapacidades sobrevenidas o profesionales, para brindar paquetes y programas de seguridad social enderezados a satisfacer otras ventajas prestacionales, producto del reconocimiento legal, contractual o convencional del afiliado y de sus derecho habientes. Dentro de ellos, y como producto de la evolución mencionada, se encuentran los derechos de los menores hijos de los afiliados a la asistencia medico hospitalaria (Art. 16 del decreto 1650 de 1977), y a las prórrogas admitidas bajo las condiciones reglamentarias correspondientes en de las cuales se había establecido el concepto de enfermedad incurable como límite específico, según lo advertía el artículo 26 de Decreto 770 de 1970.

En aquellas entidades, conocidas como el I.S.S. y la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) en el orden nacional, siempre ha estado presente el deber de atender las disposiciones legales y reglamentarias que regulan las relaciones prestacionales que surgen del vínculo laboral; dentro de ellas, que desde luego se encuentran en los mismos orígenes de los derechos sociales, se establecen entre otras, las de contenido médico, hospitalario y asistencial del trabajador y en algunos casos de su familia o de sus derechos habientes, lo cual presupone un tipo especial de régimen jurídico que relativiza los alcances y el contenido del derecho constitucional a la seguridad social en buena parte del mismo, haciéndolo depender de los elementos económicos y financieros, lo mismo que del cumplimiento de condiciones específicas como las que establecen el monto, la extensión y los términos de la cotización de patronos y empleadores o de los aportes fiscales, todos regulados por la ley.

4. Desde luego, aquellas entidades que fueron creadas *ex profeso* por la ley, e inicial y exclusivamente como fondos económicos de carácter oficial y público, con estructuras orgánicas e institucionales complejas, orientados y dirigidos de modo específico, a la atención de los elementos prestacionales

de los trabajadores y de sus familias en los que se establecen varios conjuntos de relaciones como las que se describen de modo genérico en el anterior apartado, entraron en una profunda crisis histórica en casi todas las latitudes, y ahora se admite, como lo hacen, entre otros, los artículos 48 y 49 de la Constitución de 1991, que la seguridad social puede ser prestada también por entidades particulares.

5. Aparte de otras causas suficientemente examinadas en los últimos años, que agotaron algunos de los elementos de estas instituciones como los de su credibilidad y solidez patrimonial, no sobra advertir el peso de la enorme carga fiscal que supuso y aun ahora supone el reconocimiento, desarrollo y puesta en práctica de los mencionados derechos sociales de los trabajadores, y el peso de la misma sobre el presupuesto de la administración pública en los distintos ordenes; tampoco es dable desconocer la carga patrimonial, contable y presupuestal que afectó a los patronos a la hora de conformar con los aportes respectivos, en todo caso proporcionales a los salarios de los trabajadores, para las mencionadas fondos de previsión social y de asistencia médico hospitalaria, sin mencionar los fondos o cajas de compensación familiar, que corren por su parte una suerte diferente a la de las instituciones que se describen de modo general y abstracto.

6. En este sentido son explicables, y en su momento encontraban suficiente fundamento jurídico sustancial, algunas de las limitaciones que se establecían en la ley y en los reglamentos, expedidos al amparo de la Constitución de 1886, para precisar las específicas labores de las entidades mencionadas y limitarlas a determinadas actividades y procedimientos bien definidos en las disposiciones jurídicas, y en buena medida financieramente compatibles con la conservación de los recursos recaudados, en atención el vínculo entre el centro de atención y el paciente, si este dependía de la afiliación del trabajador o aportante.

7. Estas razones también podrían ser suficiente explicación doctrinaria para admitir que, en los casos señalados por las disposiciones invocadas por el Instituto de Seguros Sociales, para suspender la prestación de los servicios médicos a la hija menor de la peticionaria, por ser mayor de un año de edad y no ser beneficiaria de las prórrogas legales, ya que su enfermedad ha sido diagnosticada como incurable, aquella entidad no estaría atentando contra la Constitución de 1991 en la parte de los derechos fundamentales de los niños, mientras no se hubiese reconocido su deber específico de atención y la respectiva capacidad jurídica para hacerlo radicada en su cabeza, como quiera que es una determinada entidad pública de seguridad social, sometida a un régimen legal y reglamentario propio que le establecen sus competencias y compromisos.

8. Naturalmente, y así lo señaló la Corte, en estos casos en los que no existía la disposición legal o reglamentaria que estableciera la obligación en cabeza de una u otra institución oficial, no podía ordenarse a ésta que continuara la prestación de los servicios requeridos, salvo cuando la suspensión implicara un perjuicio o un deterioro en la salud del menor, o cuando para asegurar la tutela de los mismos derechos de los niños y el deber del Estado de prestar la seguridad social a los mismos se debía prestar la atención en otros centros clínicos, médicos, hospitalarios y de salud, públicos o privados a cargo del Estado o sufragados por éste.

En efecto, aquellas relaciones de orientación prestacional aun son reflejo de los elementos programáticos predominantes del derecho social en sus manifestaciones generales, y en casi todos los casos quedan condicionadas a elementos de carácter económico financiero y de disponibilidad fiscal y física, así como a su extensión legal y reglamentaria, lo mismo que convencional de los derechos, como cuando se trata de algunas prestaciones estipuladas en el contrato colectivo de trabajo que resuelve el conflicto económico laboral entre sindicato y empleadores, todo lo cual resulta fundamental para la obtención de la prestación, hasta el punto de hacerlo depender de la cotización y de los aportes, tanto de patronos y de las agencias fiscales del Estado, como de los trabajadores.

9. Ahora bien, cabe observar que la nueva Constitución varía algunos de los tradicionales elementos del concepto de seguridad social e incorpora, entre otros componentes de esta parte de las regulaciones constitucionales, unos nuevos principios de profundo sentido solidario y humanista, y, no obstante mantener la mayor parte de sus manifestaciones como derechos programáticos, en el sentido de que dependen de las disposiciones legales y de las disponibilidades fiscales y físicas del Estado, ya no sólo las hace surgir del vínculo económico laboral entre empleadores o patronos y trabajadores, sino que las reconoce a todos los habitantes como un derecho irrenunciable, y como parte de un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Esta se debe prestar con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, inclusive por las entidades respectivas, públicas o privadas, creadas, también de conformidad con la ley, para la administración financiera y asistencial de la seguridad social, según lo establecido por los artículos 48 y 49 de la Constitución.

En este sentido los citados artículos establecen que:

"Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante."

"Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad."

10. Pero además, la nueva Constitución, al ocuparse de los derechos de los niños, no desatendió al desarrollo del derecho social contemporáneo y estableció, como corresponde a su evolución, las nuevas manifestaciones del Estado Social de Derecho, y dio rango de derecho constitucional fundamental a algunos derechos de los menores como el de la seguridad social que se proyecta en este caso, no obstante que deba encontrarse su armonía con otras manifestaciones programáticas específicas, que también son proyección suya.

11. En esta nueva oportunidad procesal, la Corte Constitucional examina los elementos que configuran la específica situación jurídica de orden constitucional, que se presenta en el caso de la terminación unilateral de la prestación de los servicios médicos y asistenciales a los hijos menores de edad de los trabajadores de una empresa privada, que son afiliados al Instituto de Seguros Sociales como entidad de seguridad social prestadora de servicios de salud, y cuando aquella terminación es decretada con fundamento en un diagnóstico de enfermedad incurable y en atención a la edad del menor, y de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

La Corte Constitucional definió su jurisprudencia en materia de las demandas de tutela judicial directa y específica de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social de los niños reconocidos en el artículo 44 de la Constitución Política, y pronunció varias decisiones relacionadas con este tipo de casos, resolviéndolos de conformidad con la consideración según la cual, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales vigentes, y no obstante la imposibilidad de brindar la atención médica hospitalaria por la entidad de seguridad social a la que se encuentren afiliados los padres del menor enfermo, en las citadas condiciones de edad y de estado de la enfermedad, según lo dispuesto para el I.S.S. por los decretos 770 de 1975 y 1650 de 1977, en todo caso subsiste en favor de aquellos el derecho constitucional fundamental a recibir atención acorde con la enfermedad en hospitales locales, regionales, universitarios, puestos y centros de salud y a cargo del Estado. (Sentencia 432 de septiembre 30 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz).

Además, en aquellos pronunciamientos se ha sostenido que el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política, lo cual significa para lo que a este asunto interesa, que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la "cobertura" familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta.

En este punto, tampoco sobra advertir que la Ley 100 de 1993 establece un nuevo sistema de organización de estos derechos en sus distintas expresiones, dentro de las cuales se crea el sistema de seguridad social en salud, y en

especial cabe transcribir lo dispuesto por el artículo 163 de aquella; en efecto, en la mencionada disposición se establece:

"Artículo 163. La Cobertura Familiar.

"El plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste."

12. Cabe destacar que el asunto bajo examen de la Corte en esta oportunidad, recibe las consecuencias de la expedición de la Ley 100 de 1993 y del Decreto Ley 1298, así como los reglamentarios 1919 y 1938, todos de 1994, y debe ser resuelto con fundamento en su vigencia y operancia plenas; en este sentido, tal y como se verá más adelante, se encuentra que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y de su reglamentación específica, los fundamentos esgrimidos para la suspensión de los servicios médicos en el asunto en cuestión han desaparecido por la vigencia de la ley que establece la cobertura familiar y que incluye, como beneficiarios de los servicios de salud, a los hijos de los afiliados, menores de 18 años o aun mayores de esta edad, si padecen de incapacidad (art. 12 del Decreto 1991 de 1994), y porque la vigencia de las disposiciones ahora aplicables imponen el deber, en el caso concreto que se examina, de atender a la paciente menor de 18 años e hija de una afiliada al Instituto de Seguros Sociales que sufre una enfermedad incurable, cuando menos con el fin de brindarle soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionalidad y la incomodidad o terapia de mantenimiento, inclusive si es del caso, necesario y recomendable clínicamente, el trasplante renal. (art. 15 del Decreto reglamentario 1938 de 1994).

Recuérdese que en este caso existe concepto médico autorizado, según el cual no obstante ser incurable la dolencia de la menor, su afección es controlable, lo cual habilita para que se le dé tratamiento de soporte, mantenimiento y control para evitar el deterioro de su salud, desde luego indeseable y proscrito a la luz de la Constitución y de la ley.

La Corte advierte que de conformidad con lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Carta, la aplicación de la Ley 100 de 1993 y de sus decretos reglamentarios que se ordena en este asunto, y la tutela que se decreta en la parte resolutiva de este fallo, corresponden a la especial determinación judi-

cial, con fines concretos e *ínter partes*, del contenido prestacional del derecho constitucional a la seguridad social en general, que sin duda es un derecho de contenido social y de configuración prestacional, y del derecho constitucional fundamental a la salud y a la seguridad social de los niños, que no obstante corresponder, en este caso, a la configuración normativa de un derecho de carácter prevalente por hacer parte de los derechos constitucionales fundamentales de que se ocupa el artículo 44 de la Carta Política, depende en sus elementos específicos de la definición legal de la misma.

No puede, pues, desconocerse que a partir del primero de enero de 1995, comienza la aplicación de los Planes Obligatorios de Salud, dentro del nuevo Sistema General de Salud y de la "cobertura familiar" ya mencionada, prevista en las disposiciones jurídicas reiteradamente señaladas en esta providencia, y, en consecuencia, para la Corte no son suficientes las definiciones doctrinarias y genéricas sobre la naturaleza precaria y apenas programática y prestacional del derecho a la seguridad social, para evitar la atención medico hospitalaria a los menores que sufren de enfermedades incurables, ni invocarse su dependencia de la precisa definición de los términos que debe establecer la ley para su efectividad en los casos de los niños.

En efecto, como se ha visto, en esta materia la nueva ley, ya examinada parcialmente en su constitucionalidad por la Sala Plena de esta Corporación, es categórica, explícita y contundente en la voluntad de reconocer la prestación a los hijos de los afiliados a las empresas promotoras de salud como el I.S.S., y ella no da lugar a ninguna duda sobre la extensión que la nueva configuración del Estado Social de Derecho da a los hijos de los afiliados por parte de las entidades encargadas de las obligaciones prestacionales correspondientes.

Por todo lo anterior, reconocido en la ley el contenido específico de la prestación, y establecida la obligación de la correspondiente entidad de seguridad social médico asistencial, como lo hace la Ley 100 de 1993, debe el juez, sin duda ninguna, reconocer el derecho y ordenar su tutela judicial directa, como se ordena en este asunto.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en un asunto similar al que se resuelve en esta providencia, según sentencia 001 del 16 de enero de 1995, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández Galindo:

"La nueva reglamentación, que desarrolla la normatividad legal sobre el Plan Obligatorio de Salud, ha evolucionado en lo concerniente al mencionado motivo de exclusión de los servicios para la familia del afiliado y, en vez de exigir que se diagnostiquen posibilidades de curación, señala como motivo de exclusión del Plan el hecho de que se sufra de una enfermedad para la cual 'no existan posibilidades de recuperación', concepto éste que resulta

mucho más amplio que el anterior, ya que incorpora las modalidades de atención aplicables a quien, sin alcanzar la eliminación definitiva de sus males, puede obtener, mediante procedimientos médicos o quirúrgicos, los niveles de salud que, por crisis, ataques o progresivo deterioro, había perdido. Se trata, entonces, de recobrar o restablecer la salud del paciente, tal como lo entienden los diccionarios médicos especializados (Cfr. Diccionario Ilustrado de Medicina, Dorland. Madrid: Ed. Mc.Graw Hill, 1988 y Diccionario Médico Roshe. Barcelona: Ed. Doyma, 1993).

En efecto, el Decreto Reglamentario 1938 de 1994, señala en su artículo 15, literal m), entre las exclusiones de la atención que se ofrecen en virtud del Plan Obligatorio de Salud, las siguientes:

'Actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, *o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación*'. (Subraya la Corte).

Aplicará la Corte el precepto, fundada en la presunción de legalidad que lo favorece, sin entrar a definir la validez de las exclusiones introducidas al régimen legal por decreto reglamentario, lo cual no es de su competencia.

De su contenido puede deducirse que la cobertura del Plan Obligatorio de Salud cobija a los beneficiarios en cuanto pueda establecerse que los servicios médicos, asistenciales o quirúrgicos serán aptos para la recuperación de la salud del paciente, en los términos descritos.

Pero, además, la misma disposición autoriza que se brinde 'soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionabilidad y la incomodidad o terapia de mantenimiento'.

Lo dicho significa que las entidades, públicas o privadas, encargadas de llevar al afiliado y a su familia los beneficios del Plan Obligatorio de Salud no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente."

13. Como en este caso la menor depende económicamente de la afiliada y está cubierta por el Plan Obligatorio de Salud que tiene "cobertura" familiar según lo dispuesto por el artículo 163 de la Ley 100 de 1994, y como, además, para este tipo de plan están prohibidas las limitaciones por preexistencias, y se admiten los tratamientos de soporte, mantenimiento y aún los paliativos del dolor, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994 y tutelarse el derecho a la seguridad social reclamado, como en efecto se ordenará.

En este sentido, la Corte reitera su jurisprudencia sobre esta cuestión, y precisa en forma coherente y unificada la solución para el amparo del derecho fundamental de la seguridad social, y especialmente el que se refiere a los menores, consagrado expresamente para ellos, junto a los derechos a la vida y a la salud, los cuales prevalecen sobre los demás, según los términos del artículo 44 de la C.P.. No queda duda, pues, que los fines humanistas que inspiran la Carta de 1991 señalan una conducta insoslayable para el ISS y demás entidades públicas y privadas a las cuales cubre el plan de salud obligatorio, que tendrá cobertura familiar, establecido por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

El mismo criterio jurisprudencial fue acogido en la tutela No. 20 de 1o. de febrero de 1995 (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero), en estos términos:

"Esta cobertura la adoptó el ISS, en ciertos departamentos desde el 1o. de enero de 1995, pero por aspectos de organización interna, en seccionales como la del Distrito Capital, beneficiará a sus afiliados desde el primero de abril del presente año. Este anuncio no suspende la vigencia de los derechos fundamentales, pero si contribuye a reforzar la justeza de lo reclamado a nombre de los niños.

"Lo anterior aclara que aun en estados terminales, el ISS, no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales a sus pacientes, queda así reafirmada la interpretación jurídica del término CURACION.

"Es más, de acuerdo con lo constatado en la inspección judicial, ordenada por esta Sala de Revisión, el ISS, reconociendo los amparos concedidos por la Corte Constituciuonal en diferentes sentencias de revisión y lo señalado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, ha puesto punto final a cualquier discusión, admitiendo la cobertura del servicio para los hijos de afiliados que sufran de enfermedades como el dawn, parálisis cerebral y otras. Por eso el ISS, en memorando 919265 de diciembre 28 de 1994, dijo:

'De hecho la Ley 100 de 1993 deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, incluyendo, desde luego el Decreto 888 de 1988'

"Esta categórica afirmación es armónica con lo expresado por el Gerente de la Clínica del Niño anunciando el pronto cubrimiento de la salud 'a los menores hasta los 18 años y de por vida en caso de ser deficientes físicos' ".

En esta forma por la vía de la unificación jurisprudencial, que corresponde por competencia a la Sala Plena, queda señalada la posición de la Corte sobre esta importante materia.

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

RESUELVE :

Primero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el día 3 de agosto de 1994.

Segundo. Conceder la tutela del derecho constitucional fundamental a la seguridad social y a la salud de la menor hija de la peticionaria, en el asunto de la referencia y en consecuencia, ordenar al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, que proceda a brindar los servicios médico-hospitalarios a la hija menor de la afiliada, María Elena Alvarez Ramírez, de conformidad con lo establecido por la Ley 100 de 1994 y por los Decretos 1298, 1919 y 1938 de 1994.

Tercero. Comunicar lo resuelto en esta providencia al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, para efectos del cumplimiento de la misma, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991

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

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria

SENTENCIA No. SU-044
de febrero 09 de 1994

DEFENSOR DE OFICIO EN PROCESO POLICIVO / ESTUDIANTE DE DERECHO / DERECHO DE DEFENSA DEL SINDICADO

El inciso 4 del art. 29 de la Constitución Política prevé, entre las garantías que hacen parte integral del debido proceso, que el "sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento". El aparte normativo en cuestión es aplicable en los procesos policivos, pues el debido proceso se debe observar en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado; solamente en casos excepcionales en que no pueda contarse con abogado titulado puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica. Ni siquiera para la indagatoria del imputado es posible prescindir de la asistencia de un defensor cualificado, porque la indagatoria constituye un acto de defensa del procesado, pues en ella expone las justificaciones y explicaciones de su conducta y de las sindicaciones que se le hagan.

DERECHO A LA DEFENSA TECNICA

Una adecuada y eficaz representación dentro de un proceso, que necesariamente comporta la utilización de instrumentos y del variado repertorio de actos y recursos procesales se asegura con la presencia y actividad de un defensor profesional que hace efectiva la exigencia constitucional de que el sindicado deba estar asistido por un abogado, pues se supone que éste como conocedor de las disciplinas jurídicas, es quien está habilitado para actuar con la dinámica y habilidad requeridas para la defensa técnica de las garantías procesales de aquél.

DEFENSOR DE OFICIO - Calidades

El inciso 3 del artículo 31 del Decreto 800/91, en cuanto establece que el defensor de oficio debe ser un abogado titulado, o un egresado de facultad de derecho oficialmente reconocida por el Estado, debidamente habilitado conforme a la ley o un estudiante miembro de consultorio jurídico, obedece a los lineamientos que la norma constitucional consagra sobre la asistencia del sindicado por un abogado dentro del proceso penal y, desde luego, en el policivo penal, el cual por su naturaleza jurídica similar, se rige por los mismos principios o garantías del debido proceso; pero se aclara, que aunque la norma permite confiar la defensa a quienes no son abogados titulados, ello no contraría el precepto del art. 29 en referencia, pues debe entenderse que el legislador, facultado por la Constitución para determinar en que casos se exigen títulos de idoneidad, ha habilitado especialmente al egresado de facultad de derecho que ha obtenido licencia temporal y al estudiante de derecho miembro de consultorio jurídico para actuar como defensores. Pero obviamente, resulta violatorio del art. 29 la parte final de la norma en cuanto autoriza la actuación de un ciudadano honorable y alfabeta, pero sin conocimientos jurídicos, para actuar como defensor durante toda la actuación procesal, cuando se presente la hipótesis de que el presunto contraventor no pueda estar asistido por un abogado o un egresado o estudiante de derecho. Legitimar la intervención de un ciudadano honorable y alfabeta como representante de un sindicado durante la actuación del proceso contravencional significa, ni más ni menos, que desproteger de toda defensa al encartado y desconocer de este modo, la garantía que significa el derecho a ser asistido por un defensor idóneo, que es en el fondo la prerrogativa que reconoce a favor de un sindicado el artículo 29 de la Carta Política. No obstante, a juicio de la Corte podría permitírsele su intervención en el evento que contempla el inciso final del art. 161 del C.P.C., aplicable por analogía.

TUTELA CONTRA DECISIONES EN PROCESOS POLICIVOS

Tratándose de juicios de policía de naturaleza penal es procedente la acción de tutela, porque contra las decisiones dictadas en dichos juicios no existe medio alternativo de defensa judicial.

CONTRAVENCION DE DAÑO EN BIEN AJENO / DERECHO A LA IGUALDAD-Violación por falta de defensa / **DERECHO A LA DEFENSA TECNICA**

Se considera violado el derecho a la igualdad, en razón a que dentro de los procesos policivos de la referencia no se aseguró la defensa técnica de la peticionaria que garantiza tanto la Constitución Política como la ley a todas las personas, sin discriminación alguna. Al conceder la tutela se debe ordenar al

Inspector Distrital de Policía que proceda a rehacer la actuación dentro de los procesos que se siguieron contra la petente a efecto de garantizarle el derecho de defensa. .

Ref.: Expediente T- 41694.

Procedencia: Juzgado 36 Penal del Circuito.

TEMA:

. Procedencia formal de la tutela en los procesos policivos.

. Inaplicación en el caso concreto de la norma que permite actuar como defensor en un proceso policivo a una persona alfabeta.

. El derecho constitucional fundamental a la defensa técnica.

Peticionario: María Guillermina Franco Rocha.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Aprobado en Santafé de Bogotá, D.C. a los nueve (9) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, revisa el proceso de la acción de tutela instaurada por la ciudadana María Guillermina Franco Rocha contra el Inspector 18E Distrital de Policía.

I. ANTECEDENTES.

1. Ante la Unidad de Denuncias de Contravenciones de la XVIII Estación de Policía, la señora María Clemencia Leiva Ospina formuló denuncia penal contra Pedro Agustín González y María Guillermina Franco Rocha por los delitos de "daño en bien ajeno y otros".

2. La Inspección 18 E Distrital de Policía, a la cual correspondió por reparto la mencionada denuncia, adelantó el proceso policivo correspondiente, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 23 de 1991 y en el Decreto Reglamentario 800 de 1991, proceso que concluyó con la expedición de la providencia del 6 de diciembre de 1993, en cuya parte resolutiva se dispuso:

"**Primero**: Condenar, como en efecto se hace, a Agustín González y María Guillermina Franco Rocha, de condiciones civiles y personales conocidas en autos a seis meses cada uno de arresto, por haber resultado responsables de infringir el art. 1o, numeral 19, de la Ley 23 de 1991, por lo expuesto en la parte motiva de éste proveído".

"**Segundo**: Conceder el beneficio de la condena de ejecución condicional, de conformidad con el art. 68 del C.P. a Agustín González y María Guillermina

Franco Rocha, debiéndose suspender la ejecución de la decisión por un lapso de dos años durante los cuales, bajo suscripción de diligencia de compromiso y otorgamiento de caución por la suma de CINCO MIL PESOS, cada uno, que depositarán en el Banco Popular de esta ciudad a nombre de este Despacho, que garantiza las obligaciones impuestas en el art. 69 del C.P. las cuales deben cumplir los sentenciados, so pena de que en caso de incumplimiento se revoque el beneficio y se le imponga que cumpla la totalidad de la sanción impuesta".

"**Tercero**: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo para ante el H. Consejo de Justicia Distrital".

3. Contra la referida providencia no se interpuso recurso alguno por los afectados.

4. Ante la misma Unidad de Denuncias de Contravenciones la señora Martha Cecilia Toro Leiva presentó otra denuncia contra la señora Guillermina Franco, por los delitos de "violación de habitación ajena y hurto".

5. El conocimiento del negocio policivo le correspondió igualmente a la Inspección 18 E de Policía y según las constancias que obran en el expediente, aún no ha concluido.

6. La señora Guillermina Franco interpuso acción de tutela contra el Inspector 18 E de Policía por violación del derecho fundamental a la igualdad, pues considera que dicho funcionario se encuentra parcializado en favor de la señora María Clemencia Leiva Ospina, porque le ha dispensado la debida atención a una serie de demandas infundadas que contra la peticionaria ha presentado y en cambio a ésta no le ha dado el mismo tratamiento, con respecto a las alegaciones que ha formulado en defensa de sus intereses.

II. FALLOS QUE SE REVISAN.

Primera instancia.

El Juzgado 42 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, mediante sentencia del 9 de mayo de 1994, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad ante la ley cuya protección reclamó la peticionaria. En la parte resolutiva de dicho fallo se dispuso:

"1. **Tutelar** los derechos fundamentales al debido proceso (C.P. art. 29) y a la igualdad de la ley (C.P. art. 13) inherentes a la señora María Guillermina Franco Rocha en los procesos tramitados en la Inspección 18 E Distrital de

Policía con los Nos. 226 y 315, y, desintegrados por la citada Autoridad Policiva".

"2. **Declarar** la nulidad de lo actuado en los expedientes referidos a partir de las resoluciones emitidas por la Inspección 18 E Distrital de Policía y en los términos examinados en los considerandos".

"3. **Ordenar** a la Inspección 18 E Distrital de Policía que en el término de 48 horas designe un defensor de oficio conforme a lo ordenado en el D. 196/71, L. 81/91 y D.800/91, siendo una persona idónea en Leyes descartando la nominación de un ciudadano alfabeta".

"4. **Abstenerse** de tasar perjuicios por no existir daño alguno".

"5. **Solicitar** a la Personería Distrital se investigue al Dr. Misael Guzmán Castro por las irregularidades anotadas".

"5. **Solicitar** a la Personería Distrital la nominación de un agente especial para que vigile los profesos que se le han seguido a la señora María Guillermina Franco Rocha y para la efectividad de la misma debe informar periódicamente al juez de tutela de lo acaecido en los mentados expedientes en procura de enaltecer un debido proceso y la igualdad de la ley.

"6. **Remitir** a la H. CORTE CONSTITUCIONAL la actual acción de tutela para su eventual revisión".

Para adoptar su decisión el juzgado admitió que la peticionaria no estuvo asistida, durante el curso de los procesos, por un abogado o por un estudiante perteneciente a un consultorio jurídico, sino por personas que hacían parte de la lista de auxiliares de la justicia de la Inspección y, además, que la motivación de la providencia condenatoria es deficiente en todo sentido, parcializada en favor de la denunciante e injusta porque dentro del respectivo proceso policivo no se estableció la responsabilidad de la peticionaria. Por lo tanto, jurídicamente no era procedente la imposición de la condena.

Segunda instancia.

El Juzgado 36 Penal del Circuito, según sentencia del 24 de junio de 1994 revocó los numerales 1, 2 y 3 de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negó la tutela impetrada, por las siguientes razones:

- La actuación cumplida por el Inspector 18 E de Policía en los procesos policivos mencionados estuvo ceñida a la normatividad contenida en la Ley 23 de 1991 y el Decreto 800 del mismo año.

- No se violó el debido proceso de la peticionaria por cuanto tuvo la oportunidad de intervenir en todas las actuaciones, asistida por personas habilitadas por la ley. Por consiguiente, se desestimó por el juzgado la apreciación del a quo, en el sentido de que la defensa debía estar a cargo necesariamente de un abogado o de un estudiante de derecho.

- El Juzgado 42 Penal Municipal se extralimitó en sus funciones en el análisis crítico que hizo del procedimiento y del fallo proferido por el Inspector 18 E de Policía. Dice así el aparte pertinente de la sentencia de segunda instancia:

"Ahora, dentro del análisis crítico que se hace en el Juzgado Penal Municipal del procedimiento y fallo emprendidos por el señor Inspector de Policía en los procesos que aquí interesan, llama la atención del despacho la manera como se enjuician las actuaciones adelantadas por éste, desbordando enormemente las funciones de juez de tutela en la búsqueda del resarcimiento de los derechos presuntamente conculcados a la aquí accionante María Guillermina Franco Rocha. Inexplicablemente la mencionada señora Juez 42 cuestiona la prueba existente, la que hace falta y la decisión misma (sentencia condenatoria), asumiendo el cargo de funcionario de segunda instancia, lo cual no hace parte de su competencia; para ello, en este evento se encuentran las alcaldías y gobernaciones, y para Santafé de Bogotá, Distrito Capital, se debe acudir al Consejo de Justicia del Distrito, y no a un juzgado penal municipal. Y es que como se ha repetido en tantas oportunidades por nuestros altos tribunales de justicia "está vedado pronunciarse al juez constitucional de tutela, esto es, no debe inmiscuirse en el debate jurídico propio del específico procedimiento, pues su función se circunscribe a auscultar si se ha producido transgresión o amenaza de derechos fundamentales constitucionales".

"Se una a lo anterior la decisión de decretar nulidad en los procesos contravencionales que aquí interesan, donde, en el de radicación 226, existe un fallo condenatorio que cuenta con todos los pasos de notificación y términos legales, sin que durante los mismos aparezca constancia de haberse interpuesto recurso alguno (art. 40 dto. 800/91) para que cobrara la debida ejecutoria; entonces la acción de tutela no es una vía de consulta de procesos judiciales, ni una instancia más de los mismos. Una nulidad en estos casos atentaría contra principios básicos de cosa juzgada y el non bis in ídem".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia

De conformidad con los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y de los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos de tutela en referencia.

2. El defensor y las calidades que debe de reunir para ejercer eficazmente la representación del sindicado.

El inciso 4 del art. 29 de la Constitución Política prevé, entre las garantías que hacen parte integral del debido proceso, que el "sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento". El aparte normativo en cuestión es aplicable en los procesos policivos, pues el debido proceso se debe observar en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

La finalidad protectora de los derechos del sindicado que persiguen las garantías previstas en el art. 29 de la C.P., que configuran el mínimo de requisitos y condiciones que deben observarse en las actuaciones procesales para asegurar la vigencia del debido proceso, como son la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento, el derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, exigen necesariamente que dentro del respectivo proceso el sindicado se encuentre representado por un defensor idóneo, esto es, de una persona con suficientes conocimientos de derecho que este habilitada para afrontar con una adecuada solvencia jurídica las vicisitudes que de ordinario se presentan en el proceso, de manera que pueda asegurarle una defensa técnica y la oportuna y eficaz protección de sus derechos fundamentales. Ello naturalmente supone que la actuación del defensor no sólo debe ser diligente, sino eficaz, lo cual sólo puede garantizarse o ser el resultado de su propia formación profesional, pues de esta depende su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa que el estatuto procesal respectivo ha instituido en la búsqueda de una decisión ajustada al derecho y a la justicia.

Una adecuada y eficaz representación dentro de un proceso, que necesariamente comporta la utilización de instrumentos y del variado repertorio de actos y recursos procesales se asegura con la presencia y actividad de un defensor profesional que hace efectiva la exigencia constitucional de que el sindicado deba estar asistido por un abogado, pues se supone que éste como conocedor de las disciplinas jurídicas, es quien está habilitado para actuar con la dinámica y habilidad requeridas para la defensa técnica de las garantías procesales de aquél. A esta defensa cualificada se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-592 de 1993[1], en los siguientes términos:

---

1. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

"El derecho a la defensa técnica como una modalidad específica del debido proceso penal constitucional se aplicará en todo caso en que exista sindicado de un delito, ya que, además, aquella es una regulación categórica y expresa de carácter normativo y de rango superior en la que se establecen las principales reglas de carácter constitucional que en todo caso deben regir la materia del proceso penal".

La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado; solamente en casos excepcionales en que no pueda contarse con abogado titulado puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, (Decreto 176/91, arts. 30, 31, y 32, Decreto 765/77) pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica. Ni siquiera para la indagatoria del imputado es posible prescindir de la asistencia de un defensor cualificado, porque la indagatoria constituye un acto de defensa del procesado, pues en ella expone las justificaciones y explicaciones de su conducta y de las sindicaciones que se le hagan.

Lo dicho antes, eventualmente puede implicar el avance de un juicio sobre la constitucionalidad del inciso 1 del art. 148 de C.P.P. que dice:

"*Personas habilitadas para la defensa del imputado.* De conformidad a lo dispuesto por el Decreto 196 de 1971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre que no sea servidor público".

La norma en cuestión está en contradicción con el art. 29 de la actual Constitución que, como se ha visto, exige que el sindicado esté asistido por un abogado durante la actuación procesal destinada a investigar o a juzgar su conducta, y por consiguiente resulta igualmente contradictoria con el art. 161 de la misma obra, que en su actual redacción luego de la declaratoria de inexequibilidad de su inciso 2 (Sentencia C-150 de abril 22 de 1993), expresa:

"**Inexistencia y diligencias.** Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor.

Cuando el sindicado esté en peligro inminente de muerte y sea indispensable realizar diligencias con su intervención, puede omitirse la comunicación a su defensor y nombrar de oficio a cualquier persona, dejando constancia de ello".

Se infiere de lo anterior que solamente en los eventos regulados en el aparte final de la norma es posible prescindir del defensor titular.

3. El defensor en los procesos policivos.

Los artículos 3, 4 y 12 de la Ley 23 de 1991, disponen que en los procesos por contravenciones especiales, el sindicado debe estar asistido por un "defensor", quien tiene la calidad de parte y como tal puede asistir al procesado en la indagatoria, solicitar la práctica de pruebas y, en general, realizar todos los actos procesales requeridos para asegurar su adecuada defensa.

El inciso 3o. del art. 31 del Decreto 800 de 1991, reglamentario de la le 23 de 1991, establece sobre las calidades del defensor de oficio lo siguiente:

> "Como defensor de oficio se nombrará a un abogado titulado, o a un egresado de la facultad de derecho oficialmente reconocida por el Estado, debidamente habilitado conforme a la ley, o un estudiante miembro de consultorio jurídico, y a falta de éstos, a cualquier ciudadano honorable y alfabeta que no sea empleado oficial".

Observa la Corte que la disposición últimamente transcrita, en cuanto establece que el defensor de oficio debe ser un abogado titulado, o un egresado de facultad de derecho oficialmente reconocida por el Estado, debidamente habilitado conforme a la ley o un estudiante miembro de consultorio jurídico, obedece a los lineamientos que la norma constitucional consagra sobre la asistencia del sindicado por un abogado dentro del proceso penal y, desde luego, en el policivo penal, el cual por su naturaleza jurídica similar, se rige por los mismos principios o garantías del debido proceso; pero se aclara, que aunque la norma permite confiar la defensa a quienes no son abogados titulados, ello no contraría el precepto del art. 29 en referencia, pues debe entenderse que el legislador, facultado por la Constitución (art. 26) para determinar en que casos se exigen títulos de idoneidad, ha habilitado especialmente al egresado de facultad de derecho que ha obtenido licencia temporal y al estudiante de derecho miembro de consultorio jurídico para actuar como defensores. Pero obviamente, resulta violatorio del art. 29 la parte final de la norma en cuanto autoriza la actuación de un ciudadano honorable y alfabeta, pero sin conocimientos jurídicos, para actuar como defensor durante toda la actuación procesal, cuando se presente la hipótesis de que el presunto contraventor no pueda estar asistido por un abogado o un egresado o estudiante de derecho.

Legitimar la intervención de un ciudadano honorable y alfabeta como representante de un sindicado durante la actuación del proceso contravencional significa, ni más ni menos, que desproteger de toda defensa al encartado y desconocer de este modo, la garantía que significa el derecho a ser asistido

por un defensor idóneo, que es en el fondo la prerrogativa que reconoce a favor de un sindicado el artículo 29 de la Carta Política. No obstante, a juicio de la Corte podría permitírsele su intervención en el evento que contempla el inciso final del art. 161 del C.P.C., aplicable por analogía.

4. El caso concreto.

La Corte aprecia en este caso una violación flagrante del artículo 29 porque, como se ha visto antes, no se puede asegurar una defensa técnica si ésta es confiada a personas carentes de conocimientos jurídicos.

A la peticionaria le fue vulnerado su derecho al debido proceso, por tres razones fundamentales:

La primera, porque en ambos procesos policivos que se adelantaron por la Inspección 18 E Distrital, la defensa de la sindicada debió ser confiada, no a un ciudadano honorable y alfabeta, sino a un abogado titulado o a un egresado o estudiante de derecho. En efecto, en el proceso que concluyó con la expedición de la providencia policiva condenatoria la defensa se confió a una persona que era simple auxiliar de la justicia y no reunía las calidades anotadas; en el otro proceso policivo, que aún no ha concluido, la sindicada no estuvo asistida en la indagatoria por un abogado ni por un egresado o estudiante de derecho, como correspondía según la interpretación racional y acorde con la Constitución de la norma del inciso 3o del artículo 31 del Decreto 800 de 1991, sino igualmente por una persona carente de las calidades mencionadas.

Si la Inspección no podía asegurar la presencia de un abogado titulado para que asistiera a la sindicada en dichos procesos, debía al menos haber desplegado la actividad necesaria para lograr el concurso de cualquiera de los defensores, con conocimientos jurídicos, que subsidiariamente son admisibles, más aún si se tiene en cuenta la existencia de numerosas facultades de derecho que funcionan en la ciudad de Santafé de Bogotá, donde se cuentan con consultorios jurídicos debidamente organizados.

La segunda, porque admitiendo la posibilidad de que los ciudadanos designados como defensores estuvieran habilitados para ejercer el encargo, de todas maneras no cumplieron con el rol que es propio de un representante judicial, cual es la de desplegar una actividad dirigida a lograr una defensa activa y técnica, utilizando los instrumentos procesales apropiados para asegurar que el procesado goce de la plenitud de sus derechos y garantías y que las razones que le asisten para establecer su inocencia o justificar su conducta sean analizadas, evaluadas y tomadas en consideración por quien realiza la labor de investigación y juzgamiento. Los ciudadanos en cuestión asumie-

ron una actitud pasiva, o más si se quiere, ninguna actividad, pues omitieron toda intervención o actuación en beneficio de su representada, con lo cual se impuso de manera unilateral y sin contradicción la voluntad del funcionario de policía.

Por lo dicho, hay que admitir que la peticionaria de la tutela careció de una adecuada defensa técnica, lo cual le impidió solicitar pruebas e interponer recursos; carencia atribuible a la negligencia del Inspector de Policía en referencia y a la equivocada aplicación de una norma jurídica que para el caso concreto no debió tener los alcances que se le asignaron.

La tercera, porque la autoridad pública demandada a través de la acción de tutela, sin justificación válida alguna, limitó la actuación procesal al recaudo arbitrario de algunas pruebas, tanto que dejó de establecer fehacientemente los hechos contravencionales al omitir la inspección judicial que es el medio idóneo de verificar el daño alegado por el denunciante.

Si bien el juzgador puede rechazar o abstenerse de practicar una prueba manifiestamente inconducente o impertinente, ello no era de recibo en el caso sublite en donde la inspección judicial sobre el alegado daño en un bien ajeno se convierte en una prueba imprescindible por la fuerza material de convicción que ella implica, hasta el punto que bien puede llegar a definir la existencia del hecho punible.

Estima esta Corte que posiblemente la anotada omisión no hubiera ocurrido de mediar una defensa técnica de la peticionaria de la tutela, quien quedó desamparada a pesar de sus defensores formales, toda vez que éstos carecían de la idoneidad profesional para enfrentar con posibilidades de éxito los procesos policivos y controvertir las decisiones u omisiones del Inspector.

Adicionalmente, esta Corte comparte las reflexiones hechas por el Juzgado 42 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, en el sentido de que la responsabilidad contravencional de la peticionaria no quedó establecida en el proceso policivo a que dio lugar la expedición de la providencia condenatoria, quedando incólume la presunción de inocencia. En tal virtud, destaca los siguientes apartes de su fallo:

"El examen de la prueba es requisito indispensable para proferir una sentencia, es el cimiento del origen de una condena o una absolución, y la autoridad policiva debe balancear la evidencia, no sólo de adentrarse en citarla, es prioridad tajante cotejarla para encontrar el pro o contra de la prueba y que de ella emerja, circunstancia extraña a la investigación de la contravención, toda vez que no se estableció si efectivamente ocurrió el daño, se omitió una diligencia de inspección judicial, necesaria, a consecuencia de los conflictos suscitados entre las partes, y más aun, no se llegó a establecer la cuantía, ya que si tenemos la establecida por la querellante señora Leiva

Ospina (fl. 21) florece una falta de competencia del funcionario distrital por el monto de los deterioros ocasionados, y ello, no fue investigado por la Inspección, se dio una credibilidad a la querellante distorsionándose el equilibrio de la evidencia y del desvió notorio de la función pública".

"El juez de tutela no puede callar la falta de motivación de la sentencia proferida por la Inspección, pese a ello, emergió una condena, razonamiento incoherente con la función pública que ejerce la inspección, la no valoración de la prueba, el no cotejo de la misma, la inexistencia de una defensa técnica, el desequilibrio de aplicar la ley, las erradas explicaciones e interpretaciones funestas de la norma expuesta por el señor Inspector 18 E Distrital de Policía..."

Por lo anterior, no son válidas las apreciaciones del juzgador de segunda instancia, pues tratándose de juicios de policía de naturaleza penal es procedente la acción de tutela, porque contra las decisiones dictadas en dichos juicios no existe medio alternativo de defensa judicial (art. 82 C.C.A.)

Igualmente se considera violado el derecho a la igualdad, en razón a que dentro de los procesos policivos de la referencia no se aseguró la defensa técnica de la peticionaria que garantiza tanto la Constitución Política como la ley a todas las personas, sin discriminación alguna.

Por las razones expuestas, se revocará la sentencia del 24 de junio de 1994 proferida por el Juzgado 36 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá. En su lugar se confirmará la sentencia del Juzgado 42 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, en cuanto tuteló los derechos al debido proceso e igualdad de la señora María Guillermina Franco Rocha, dispuso lo concerniente al cumplimiento de dicho fallo, se abstuvo de condenar al pago de perjuicios, solicitó la intervención de la Personería Distrital para que vigile los procesos policivos seguidos contra la petente y ordenó la remisión del proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión (numerales 1. 3, 4, 5 bis y 6), y se revocarán los numerales 2 y 5 de la parte resolutiva, por las siguientes razones:

- No es procedente declarar la nulidad de lo actuado en los referidos procesos sino que al conceder la tutela consecuencialmente se debe ordenar al señor Inspector 18 E Distrital de Policía que proceda a rehacer la actuación dentro de los procesos que se siguieron contra la petente a efecto de garantizarle el derecho de defensa.

- No se justifica ordenar la investigación por la Personería Distrital del Dr. Misael Castro, por que la Corte no aprecia que hubiera procedido dolosamente o con negligencia grave al omitir la designación de defensores, según los criterios expuestos en esta sentencia. No obstante se le prevendrá para que no vuelva a incurrir en las irregularidades anotadas.

IV. DECISION

Por las razones que anteceden, la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia del 24 de junio de 1994, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

Segundo: CONFIRMAR los numerales 1, 3, 4, 5 bis y 6 de la sentencia del 9 de mayo de 1994 proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Penal Municipal de Santafé Bogotá, y REVOCAR los numerales 2 y 5 de dicha sentencia.

Tercero: ORDENAR al Inspector 18 E Distrital de Policía de la ciudad de Santafé de Bogotá rehacer las actuaciones adelantadas dentro de los procesos que se siguen contra la peticionaria conforme se indica en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: PREVENIR al Inspector 18 E Distrital de Policía de la ciudad de Santafé de Bogotá para que no vuelva a incurrir en los hechos irregulares que dieron lugar a la presente acción de tutela.

Quinto: LIBRAR comunicación al Juzgado 42 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, para que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, notifique esta sentencia a las partes y adopten las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por esta Corte.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-045
de febrero 10 de 1995

EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES / CONSTREÑIMIENTO ILEGAL / AMENAZA / TORTURA

Si se parte de la base de lo efectivamente probado, es decir, que el demandado no profirió amenazas en el sentido de que desalojaría a su ex-esposa mediante el uso de la fuerza al margen de la ley, sino que sólo aceptó haberle dicho que él quería una repartición de bienes a través de la autoridad competente, la Sala tendrá que determinar si tal manifestación viola o pone en peligro algún derecho constitucional fundamental. Conforme a estas premisas, es claro que la simple manifestación que el accionado hizo a su ex-compañera, transmitiéndole su intención de demandarla ante la autoridad judicial correspondiente, no puede razonablemente considerarse como una especie de tortura síquica o mental. Porque estos comentarios no tienen la fuerza suficiente para producir un grave dolor o aflicción en la persona a quien van dirigidos. Podrán ser preocupantes y aún generar cierto grado de ansiedad, pero, salvo el caso excepcional de personas con desarreglos síquicos o hipersensibilidades, no están llamados a producir graves sufrimientos o tormentos de índole moral. Esta opinión se confirma por el hecho de que tales manifestaciones son normales, frecuentes y de uso común en la vida de las personas.

TUTELA CONTRA EX-COMPAÑERO PERMANENTE

La simple manifestación que una persona hace a otra de su intención de demandarla, objetivamente no vulnera ni amenaza ningún derecho constitucional fundamental. En consecuencia, la angustia, la inquietud del sujeto que se va a demandar, no justifica la acción de tutela.

Ref.: proceso T-47283

Actora: Elvia María Cárdenas Aguirre

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal

Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Sentencia aprobada en sesión del día diez (10) del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Primera (1a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal, de fecha septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

I. ANTECEDENTES

A. Hechos

La actora demandó a los señores Arcesio Ospina e Isabel Marmolejo, para la protección de su "*derecho de vivienda*", y para la defensa de la niñez -representada por sus cuatro (4) hijos menores-, y la de sus derechos a la "*convivencia familiar*", "*la educación*" y el "*mínimo vital*".

Del cotejo entre lo dicho por la actora y la declaración rendida por el demandado Ospina, se deduce que entre ellos hubo una unión marital de hecho por lo menos durante quince (15) años, y que de esta unión nacieron cuatro (4) hijos, todos los cuales, para la fecha de presentación de la acción de tutela, eran menores de edad.

De otra parte, de lo manifestado por las partes y los testigos, resulta claro que desde hace más de seis (6) años, la actora ha venido habitando, junto con sus hijos, una casa ubicada en la diagonal 26 P7 número 103-56 del Barrio Marroquín, Segunda Etapa, de la ciudad de Cali.

Además, como cuestión central de la acción, (no suficientemente establecida habida cuenta de su negación por los demandados), la actora afirmó que ocho (8) días antes de la fecha de presentación de la tutela, su exesposo, por intermedio de los dos (2) hijos mayores -que no fueron citados para declarar-, le mandó decir "*que tenía que desocuparle la casa porque no era mía sino de él y de la señora que tenía ahora*", dándole para ello un plazo de cuatro (4) meses, agregando que la señora Isabel Marmolejo también le ha pedido lo mismo porque la casa "*es de ella*". Tales exigencias se habrían basado en el hecho de que los señores Arcesio Ospina e Isabel Marmolejo son titulares del derecho de dominio del bien raíz, según compraventa efectuada a la Asociación Provivienda Popular Colombiana, como consta en

la escritura pública mil seiscientos cuarenta y cuatro (1644) del veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), de la Notaría Quinta (5a.) del Círculo de Cali, instrumento público cuya copia reposa en el expediente.

Finalmente, la demandante, a quien su antiguo compañero le reconoce el mérito de haber efectuado varias mejoras a la vivienda, dejó constancia de su desacuerdo y su temor frente a estas pretensiones, y planteó la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

B. Peticiones

La actora las concibió así:

"Solicito, con todo respeto, se de cabida a la presente acción de tutela con el fin de obtener la vivienda en la que siempre he vivido con mis hijos.

"Se ordene a mi ex esposo y a su actual concubina que no molesten mi hogar, y que esa casa, si bien le pertenece a él, también lo es de su primera esposa, la cual le dedicó los mejores años de su vida y sus 5 hijos, 4 de ellos menores de edad.

"Que se ordene a la Inspección de Policía del Barrio y la Comisaría en el Barrio Puerta del Sol, que me protejan de estas dos personas en caso de que vuelvan a molestar en nuestra casa de habitación, y se envíe copias del fallo a estas entidades gubernamentales para tal fin.

"Que se advierta a las personas contra las que interpongo esta acción de tutela, lo que les acarrearía de continuar con sus objetivos malignos."

C. La primera instancia

El Juzgado Veinte (20) Penal del Circuito de Cali, (asunto radicado bajo partida 014, tomo I, folio 35 del libro de tutelas de primera instancia), el ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), denegó por improcedente la acción instaurada.

En apoyo de su determinación, el *a quo* encontró que la actora contaba con otro mecanismo eficaz de defensa judicial, a saber, el proceso de liquidación de la sociedad de hecho, "*en el que se definiría de una vez por todas el derecho que ella y sus hijos tienen sobre el bien inmueble en que ahora habitan*". Además, no observó la presencia de un perjuicio irremediable, ni consideró que la demandante estuviera en una situación de subordinación o indefensión frente a los particulares demandados.

D. La segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal, el día dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), decidió confirmar la sentencia recurrida.

El *ad quem* compartió plenamente el criterio expuesto por el Juzgado Veinte (20) Penal del Circuito de Cali, agregando que si a la actora se le perturba su derecho de habitar la casa donde vive en compañía de sus hijos, "*tiene a su alcance la instauración de la acción posesoria respectiva ante la jurisdicción civil en procura de que se le conceda judicialmente la autorización correspondiente para el ejercicio de tal derecho, amén de acudir a las autoridades policivas para evitar se la perturbe en el goce de ese mismo derecho; y, si por alguna circunstancia se llegase a conculcar dicho derecho, judicialmente puede pretender la restitución del mismo y así retornar a la situación anterior...*".

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

La Sala es competente para decidir sobre la sentencia que se revisa, por lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución, y los artículos 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

B. La presente acción no está llamada a prosperar, porque la simple manifestación que una persona hace a otra de su intención de demandarla, no vulnera ni amenaza ningún derecho constitucional fundamental.

En primer lugar, como ya se expuso, debe recordarse que pese a que la demandante afirmó que tanto su ex-esposo como su nueva concubina, sin la intervención de la correspondiente autoridad judicial, le exigieron desocupar su casa de habitación -*llegando inclusive a decir que para ello el primero habría fijado un plazo de cuatro (4) meses*-, lo cierto es que tal cosa no aparece plenamente probada, pues en sus declaraciones los demandados en ningún momento la admitieron, ni las acusaciones fueron ratificadas por los supuestos intermediarios, ni obran en el expediente indicios inequívocos al respecto. Es más, el señor Arcesio Ospina sí manifestó tener el deseo de llegar a una repartición de bienes con la actora, pero precisó que para tal efecto acudirá a la justicia ordinaria, dejando en claro que durante el tiempo que esta gestión requiera, él no tendría inconveniente en que su ex-compañera continuara viviendo en el señalado inmueble.

Esta deficiencia probatoria, que afecta el fundamento de la pretensión de la parte demandante, pues conduce a la imposibilidad de tener como ciertos los supuestos requerimientos privados atribuibles a los demandados, por sí sola es suficiente para permitir la conclusión de que la tutela fue bien denegada: en efecto, si no existen amenazas, no hay lugar para algún posible perjuicio que la acción de tutela pueda precaver. Por la misma razón, también debe descartarse toda posibilidad de ver aquí bien sea el llamado ejercicio arbitrario de las propias razones (conducta tipificada como contravención especial con arreglo al numeral 1o. del artículo 1o. de la Ley 23 de 1991, y en la que incurre el sujeto activo *cuando "en lugar de recurrir a la autoridad y con el fin de ejercer un derecho, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo"*); el constreñimiento ilegal, entendido como el apremio indebido al que es sometida una persona para "*hacer, tolerar u omitir alguna cosa*" (artículo 276 del Código Penal); el pronunciamiento de amenazas personales o familiares (ilícito en el que, de acuerdo con el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, incide quien "*por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice, amenace o cause alarma, zozobra o terror en una persona o familia*"); o el delito de tortura síquica (consagrado en el artículo 279 del Código Penal, subrogado por el artículo 24 del Decreto 180 de 1988).

En segundo lugar, si, como es natural, se parte de la base de lo efectivamente probado, es decir, que el demandado Arcesio Ospina no profirió amenazas en el sentido de que desalojaría a su ex-esposa mediante el uso de la fuerza al margen de la ley, sino que sólo aceptó haberle dicho que él quería una repartición de bienes a través de la autoridad competente, la Sala tendrá que determinar si tal manifestación viola o pone en peligro algún derecho constitucional fundamental.

Pues bien, como marco del correspondiente examen, la Corte únicamente encuentra digno de mención el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 12 de Carta. Tal disposición dice:

> *"Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes."*

Así, el interrogante por despejar, desde una óptica constitucional, es el de saber si la manifestación que hizo el señor Ospina a Elvia María Cárdenas, en el sentido de que iba a demandarla judicialmente para obtener la repartición de bienes consiguiente a la disolución y liquidación de una unión marital de hecho, constituye una tortura o un trato cruel, inhumano o degradante.

En cuanto a la tortura, la Sala Plena de esta Corte tuvo oportunidad de referirse a ella en la sentencia de constitucionalidad número C-587 del 12 de noviembre de 1992 (Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 7, Noviembre - Diciembre de 1992, pág. 44 y siguientes). Allí, precisándose que "*el artículo*

12 de la Constitución Nacional es incluso más amplio que los instrumentos internacionales suscritos por Colombia sobre el tema, pues como se dijo arriba, la Carta colombiana prohibe la tortura incluso en los casos en que el torturador sea un particular", se trajo a colación la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Ley 78 de 1986, para definir la tortura así:

> "*todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.*" *(Negrillas por fuera del texto)*

Como puede apreciarse entonces, la tortura, *grosso modo*, es un medio indebido -*pues atenta contra la dignidad humana*- para la obtención de diversos resultados, tales como informaciones, castigos o coacciones, basado en el uso de métodos que, por producir grave dolor o aflicción en las víctimas, por lo común someten sus voluntades a la del torturador, pero del cual quedan excluidos los dolores o sufrimientos consecuencia de sanciones legítimas o inherentes o incidentales a éstas.

Conforme a estas premisas, es claro que la simple manifestación que el señor Arcesio Ospina hizo a su ex-compañera, transmitiéndole su intención de demandarla ante la autoridad judicial correspondiente, no puede razonablemente considerarse como una especie de tortura síquica o mental. ¿Por qué?

Porque estos comentarios no tienen la fuerza suficiente para producir un grave dolor o aflicción en la persona a quien van dirigidos. Podrán ser preocupantes y aún generar cierto grado de ansiedad, pero, salvo el caso excepcional de personas con desarreglos síquicos o hipersensibilidades, no están llamados a producir graves sufrimientos o tormentos de índole moral. Esta opinión se confirma por el hecho de que tales manifestaciones son normales, frecuentes y de uso común en la vida de las personas. Al respecto, debe señalarse que el hecho mismo de la presentación de esta acción de tutela, indica que la voluntad de la actora no quedó seriamente determinada o doblegada por el conocimiento de las intenciones de su antiguo compañero.

Finalmente, no puede olvidarse que la referencia a la intervención de la autoridad judicial, implícita en lo expresado por el señor Ospina, es algo que

está íntimamente relacionado con la manera de resolver las controversias en un Estado de Derecho.

En lo que atañe al trato cruel o inhumano, puede decirse que tales conceptos se refieren a las conductas cuya finalidad simplemente consiste en causar a la víctima sufrimientos injustificados y particularmente severos. De acuerdo con este criterio, la conducta del demandado Ospina tampoco es violatoria del artículo 12 de la Constitución, pues la manifestación de que se pretende demandar conforme a la leyes vigentes, se ajusta a la justicia y a la razón.

Por último, como por trato degradante debe entenderse aquél que supone una humillación indebida en la persona del destinatario, la Sala no ve cómo la conducta criticada al señor Ospina pueda considerarse humillante, habida cuenta de que con ésta no se afecta la imagen moral o social de la actora, ni mucho menos se quebranta su posición en la familia o en la sociedad.

En conclusión, la simple manifestación que una persona hace a otra de su intención de demandarla, objetivamente no vulnera ni amenaza ningún derecho constitucional fundamental. En consecuencia, la angustia, la inquietud del sujeto que se va a demandar, no justifica la acción de tutela.

C. La presente acción está también condenada al fracaso, porque en ella se echa de menos la relación de subordinación o indefensión de la supuesta víctima.

El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en su numeral 9o., luego de la sentencia de inexequibilidad C-134 de 1994, dice:

"Art. 42. Procedencia.

"La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

" (...) 9. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela."

Tal situación de subordinación o indefensión no existe en el presente caso, pues de la actora, que subsiste con su trabajo como trabajadora independiente, no puede decirse que sea subordinada ni de su antiguo compañero ni de la concubina de éste; así mismo, la demandante tampoco está indefensa respecto del señor Ospina, porque, aunque el derecho podría estar ya prescrito (según el artículo 8o. de la Ley 54 de 1990), siempre estaría en posibilidad de promover la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial naci-

da de la unión marital de hecho; y, especialmente, podría defender -*conservándola o recuperándola*- la posesión que dice ejercer sobre la casa atrás mencionada, ante las autoridades policivas o mediante las acciones posesorias civiles.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Confirmar el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal, el día dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), el cual, a su vez, confirmó la sentencia denegatoria de la tutela proferida por el Juzgado Veinte (20) Penal del Circuito de Cali, el ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994.

Segundo. Comunicar esta providencia al Juzgado Veinte (20) Penal del Circuito de Cali, para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte.

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-046
de febrero 10 de 1995

PRINCIPIO DE LA BUENA FE / CONCURSO DE MERITOS-
Nombramiento del primero

Para la Corte es claro que el Estado traiciona los principios constitucionales y se burla de los gobernados -haciéndose por ello responsable- cuando por actos o promesas suyas los induce a creer que la sujeción a un proceso o a unas reglas de juego definidas habrá de producir determinadas consecuencias y luego, como los malos perdedores, desconoce los resultados correspondientes. Si, pese a no estar obligado por la normatividad, un organismo del Estado convoca un concurso para proveer determinado cargo, no puede dejar de cumplir los términos del mismo y, en consecuencia, queda obligado por sus resultados, para no defraudar la buena fe de quienes en él tomaron parte. Debe, pues, vincular laboralmente al aspirante que, efectuado el concurso, obtuvo el primer lugar.

DERECHO A LA IGUALDAD POR NO NOMBRAMIENTO / DERECHO AL TRABAJO - Condiciones dignas y justas / **TELECOM**

Fue desconocido el principio de la buena fe y con ello se vulneraron los derechos del petente a la igualdad y al trabajo. El primero toda vez que, mereciendo un trato acorde con los resultados obtenidos en el concurso efectuado, se ignoró esa condición preferente y se lo ubicó en igual posición a la de quienes no participaron o, habiéndolo hecho, obtuvieron calificaciones inferiores. El segundo por cuanto, habiendo adquirido el derecho a laborar, se le impide hacerlo en condiciones dignas y justas.

-Sala Quinta de Revisión-

Ref.: Expediente T-50316

Acción de tutela instaurada por Carlos Fawcett Posada contra TELECOM.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta del diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Se revisan los fallos proferidos por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta y por la Sala Plena Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

I. INFORMACION PRELIMINAR

El accionante consideró que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- vulneró sus derechos fundamentales en desarrollo de los siguientes acontecimientos:

En el mes de octubre de 1993, Carlos de Jesus Fawcett Posada se presentó a un concurso convocado por TELECOM para proveer el cargo de Profesional II (Jefe de Sección Administrativa) en la Regional de Santa Marta.

En ese concurso el demandante obtuvo el primer puesto entre los cuatro aspirantes que se presentaron.

Fue vinculado a la empresa el 25 de octubre de 1993, pero mediante un contrato a término fijo por treinta (30) días, tiempo durante el cual debería hacerse efectivo -pensaba el solicitante- su vinculación definitiva.

En la demanda se expresó que tal vinculación laboral fue solicitada por la Gerencia Regional el 20 de octubre y el 22 de noviembre de 1993, según oficios enviados a la Vicepresidencia de Recursos Humanos y a la División Administrativa de Recursos Humanos de Telecom, pero no se llevó a efecto.

Se volvió a contratar al solicitante de manera temporal, hasta el 31 de diciembre de 1993. Terminado el contrato, tampoco se lo nombró definitivamente. Entonces, se envió un nuevo telegrama a la Vicepresidencia de Recursos Humanos de Telecom, solicitando el contrato definitivo por necesidades del servicio, pero tampoco se recibió respuesta.

A partir de enero de 1994, se lo volvió a vincular con otro contrato del mismo tipo, el cual se prorrogó hasta el 30 de junio.

Desde entonces, se le manifestó que el contrato no podía ser de nuevo prorrogado por falta de disponibilidad presupuestal.

No obstante, el peticionario se enteró de que la Sección de Recursos Humanos, Regional Santa Marta, solicitó el 11 de julio de 1994 la provisión del cargo vacante, pero no para él -que había ganado el concurso- sino para otra persona.

Dijo el accionante que el 18 de julio de 1994 envió a la entonces Presidente de Telecom una carta en la que le solicitaba de nuevo su vinculación, con base en los resultados del concurso, pero no recibió respuesta.

II. DECISIONES JUDICIALES

En primera instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante providencia del 2 de septiembre de 1994, decidió conceder la tutela impetrada y ordenar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- dar al petente una respuesta de la nota por él enviada el 18 de julio de 1994.

Se expresó en la Sentencia que se brindaba amparo al derecho fundamental de petición por cuanto la mencionada nota no fue respondida por la Presidente de Telecom, a lo cual añadió que la misma dependencia oficial no puso a disposición del Tribunal los documentos solicitados dentro del trámite de tutela, observando así una actitud renuente que, a juicio de la Corporación, implicó una responsabilidad demarcada por el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991. Por esta razón, se expidió copia de la Sentencia con destino a la Procuraduría General de la Nación.

En cuanto al concurso al que hacía referencia la demanda, el Tribunal consideró que no se requería para proveer el cargo, ya que Telecom es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional cuyo personal está compuesto, salvo los cargos de dirección o confianza, por trabajadores oficiales y el artículo 125 de la Constitución excluye a tales servidores del régimen de carrera administrativa.

Así, pues, según la conclusión del Tribunal, al estar excluído el sistema de concurso en la vinculación de trabajadores oficiales a las entidades públicas, no era imperativo para el nominador o contratante designar en forma obligatoria al actor, "puesto que quedaba al talante del empleador (nominador) contratarlo o no".

Advirtió en todo caso el Tribunal que "el petente participó en pruebas para el cargo de Profesional II entre tres aspirantes más, obtuvo un puntaje de 113 (prueba-entrevista), logrando el primer puesto entre los participantes", pero dijo, sin embargo, que en el expediente no figuraba ninguna prueba que determinara la convocación del concurso, las bases del mismo, el cargo ni los demás requisitos exigidos para acceder a él.

El fallo fue impugnado por el peticionario, quien sostuvo que, aunque para los trabajadores oficiales no se contempla el concurso, si la empresa practicó las pruebas, está obligada a respetarlas y a cumplir con la finalidad para la cual se practicaron.

Resolvió sobre la impugnación la Sala Plena Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por fallo del 6 de octubre de 1994, mediante el cual se confirmó la decisión atacada.

Sólo se pronunció la Sala sobre las posibles violaciones de los derechos al trabajo y al libre ejercicio de una profesión, alegadas por el accionante, dado que fue el único en impugnar.

De conformidad con la Sentencia, el peticionario contaba con otro medio de defensa judicial cual era el de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de obtener la invalidez del acto administrativo por medio del cual la Sección de Recursos Humanos se abstuvo de solicitar su nombramiento. Por ello, estimó la Corte Suprema, la tutela resultaba improcedente, en la medida en que tampoco se estaba en presencia de un perjuicio irremediable.

Por otra parte, el fallo de segunda instancia respaldó la tesis sostenida por el Tribunal de Santa Marta en el sentido de que, por tratarse de un cargo para trabajador oficial, no era necesaria la convocación de concurso según el artículo 125 de la Carta, motivo por el cual, a su juicio, la empresa no estaba obligada a observar los resultados de las pruebas en las cuales participó el peticionario.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos en mención, según lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

El otro medio de defensa judicial. Necesidad de su eficacia para la real protección de los derechos afectados.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, la existencia de otro medio de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, a no ser que se establezca la inminencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe una protección transitoria, mientras resuelve de fondo el juez competente.

Pero también ha sostenido la Corte que no se da tal improcedencia cuando el otro mecanismo carece de idoneidad para una verdadera salvaguarda de los derechos fundamentales objeto de violación o amenaza.

Al respecto, la Sentencia T-003 del 11 de mayo de 1992 dejó en claro lo siguiente:

> "... únicamente son aceptables como medio de defensa judicial, para los fines de excluír la acción de tutela, aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho, es decir, que no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado".
>
> (...)
>
> Considera esta Corporación que, cuando el inciso 3o. del artículo 86 de la Carta Política se refiere a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial ..." como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, *tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía."* (Subraya la Corte).

En este caso, la Sala no comparte el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el accionante gozaba de otro medio de defensa judicial consistente en "acudir en demanda, si lo desea, ante la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de obtener la invalidez del acto administrativo por medio del cual la Sección de Recursos Humanos Regional Santa Marta el 11 de julio del presente año (hablaba de 1994) se abstuvo de solicitar su nombramiento".

El camino judicial que en tales términos se señaló al demandante, aunque formalmente podía tener lugar, no resultaba apto para la eficaz defensa de sus derechos fundamentales, específicamente en lo relacionado con la sujeción de Telecom a los resultados del concurso efectuado.

Un análisis de los antecedentes del caso y particularmente la consideración del oficio del 11 de julio de 1994 permiten concluir con certeza que éste no constituía un acto administrativo mediante el cual se resolviera algo respecto de las aspiraciones del actor. Se trataba, apenas, de una solicitud hecha por una Seccional de la oficina de Recursos Humanos de Telecom, enderezada a obtener que, por acto de la Presidencia de la entidad, se proce-

diera a llenar la vacante existente mediante la vinculación de una persona distinta de Fawcett Posada.

Mediante tal comunicación no se negaba al peticionario su contratación definitiva, entre otras razones porque quien la suscribía era un funcionario subalterno que no tenía dentro de su ámbito de competencia la posibilidad de decidir si se contrataba a uno u otro aspirante. La Seccional se limitaba a pedir algo que podía o no concederse.

Por tanto, una eventual nulidad de dicho acto no puede representar para el demandante la satisfacción de sus expectativas, que consisten en que Telecom respete los resultados del concurso llevado a cabo y, por ende, la correspondiente acción ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es un medio judicial apto para el fin propuesto, motivo por el cual esta Corte considera que no puede desplazar a la acción de tutela.

Los concursos para cargos de trabajadores oficiales. El principio de la buena fe como generador de obligaciones

Es cierto que, como lo sostuvieron los tribunales de instancia, la administración no está obligada a efectuar concursos para la provisión de cargos de trabajadores oficiales.

En efecto, si bien el artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptúa expresamente los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Esto significa que una entidad como TELECOM, empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional según lo dispuesto en el artículo 1º de sus estatutos, aprobados mediante Decreto 666 del 5 de abril de 1993, cuyos trabajadores -excepto los de dirección y confianza- son trabajadores oficiales (Artículo 29 Ibídem), no está obligada a proveer los cargos previa convocación y realización de concurso.

No obstante, todos los organismos y funcionarios del Estado se hallan obligados a observar y a aplicar en sus actuaciones el principio de la buena fe (Artículo 85 C.P.), que exige, entre otros aspectos, reconocer con lealtad a los administrados aquello que han alcanzado sobre la base de confiar en las directrices y pautas trazadas por la propia administración.

Para la Corte es claro que el Estado traiciona los principios constitucionales y se burla de los gobernados -haciéndose por ello responsable- cuando por actos o promesas suyas los induce a creer que la sujeción a un proceso o a unas reglas de juego definidas habrá de producir determinadas conse-

cuencias y luego, como los malos perdedores, desconoce los resultados correspondientes.

Sustento esencial de la democracia y factor insustituible del Estado de Derecho es la certidumbre fundada del ciudadano en la palabra oficial. Si ésta pierde credibilidad, se afecta de manera grave la convivencia y se complican en sumo grado las futuras acciones de las autoridades públicas.

A la luz de la Constitución, la práctica del principio de la buena fe genera obligaciones en cabeza del Estado y de los particulares. Por ello, la administración resulta vinculada, además de la Constitución y la ley, por los compromisos que ella misma contrae voluntariamente.

En ese orden de ideas, si, pese a no estar obligado por la normatividad, un organismo del Estado convoca un concurso para proveer determinado cargo, no puede dejar de cumplir los términos del mismo y, en consecuencia, queda obligado por sus resultados, para no defraudar la buena fe de quienes en él tomaron parte. Debe, pues, vincular laboralmente al aspirante que, efectuado el concurso, obtuvo el primer lugar.

En el asunto que se considera, hay suficientes pruebas en el sentido de que TELECOM llamó a un concurso -aunque así no lo hubiera denominado-, pues practicó una serie de pruebas y llevó a cabo unas entrevistas que calificó, para proveer el cargo de Profesional II.

De buena fe, el accionante se inscribió y participó; se sometió a las pruebas y a la entrevista y obtuvo el mayor puntaje (113 puntos en total), en un grupo de cuatro aspirantes, convencido de que, si ganaba el concurso, sería contratado para desempeñar el cargo. En ningún momento se le advirtió que el proceso respectivo culminaría en la celebración de un contrato a término fijo y menos todavía que duraría apenas entre el 25 de octubre y el 23 de noviembre de 1993 (Fl. 2), por lo cual la persona seleccionada debería someterse al albur de las futuras y eventuales prórrogas.

Tan cierto es ello que en el expediente aparece copia de un oficio enviado el 20 de octubre de 1993 por el Gerente Regional de Telecom en Santa Marta al Vicepresidente de Recursos Humanos de la Empresa, mediante el cual se solicitó la celebración de varios "contratos indefinidos de trabajo" en plazas ubicadas por resolución de marzo de 1993. Entre los nombres de quienes, en el sentir de la Gerencia Regional, tenían derecho a desempeñar tales cargos figuraba, en la Sección Administrativa, el doctor CARLOS FAWCETT POSADA para el cargo de Profesional II, profesión economista agrícola.

En otro oficio, que completaba la información y documentación del anterior, se remitía la hoja de vida del seleccionado, los resultados de las pruebas

efectuadas, la certificación de que estaba matriculado como economista, la fotocopia del diploma de economista agrícola y fotocopia de la cédula de ciudadanía.

Fue desconocido, entonces, el principio de la buena fe y con ello se vulneraron los derechos del petente a la igualdad y al trabajo. El primero toda vez que, mereciendo un trato acorde con los resultados obtenidos en el concurso efectuado, se ignoró esa condición preferente y se lo ubicó en igual posición a la de quienes no participaron o, habiéndolo hecho, obtuvieron calificaciones inferiores. El segundo por cuanto, habiendo adquirido el derecho a laborar, se le impide hacerlo en condiciones dignas y justas (Artículo 25 C.P.).

Se revocará la providencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la del Tribunal de Santa Marta en el sentido de negar la tutela para los aludidos derechos, y se concederá la protección impetrada ordenando que el peticionario sea contratado para llenar la próxima vacante que se presente en la Seccional de Telecom en Santa Marta en cargo para el cual concursó.

La Corte no encuentra razón para impartir orden alguna en cuanto al derecho de petición del accionante, que también fue vulnerado como lo reconoció el Tribunal, pues en el expediente consta que, mediante oficio del 6 de septiembre de 1994, se le dió respuesta, en cumplimiento del fallo de primera instancia.

Se confirmará parcialmente la providencia de primera instancia, en el sentido de solicitar la investigación de la Procuraduría General en cuanto a la conducta de los servidores públicos que desatendieron las órdenes judiciales dentro del proceso de tutela.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCASE la Sentencia proferida el 6 de octubre de 1994 por la Sala Plena Laboral de la Corte Suprema de Justicia al fallar en segunda instancia sobre la acción de tutela propuesta por Carlos de Jesús Fawcett Posada.

Segundo.- CONCEDESE la protección solicitada, ordenando al Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo imparta precisas instrucciones escritas a quien corresponda para que la próxima vacante que se presente en la Seccional de la empresa en Santa Marta, en el cargo de Profesional II, Economista Agrícola, en la Sección Administrativa, o su equivalente, sea llenada mediante la contratación a término indefinido del doctor Carlos de Jesús Fawcett Posada.

Si al momento de notificarse esta sentencia tal cargo está vacante, el Presidente de Telecom vinculará al peticionario dentro de las indicadas cuarenta y ocho (48) horas, mediante contrato a término indefinido.

Tercero.- CONFIRMASE el numeral 3º de la parte resolutiva de la Sentencia proferida el 2 de septiembre de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta -Sala Laboral-, que ordenó compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo.

Cuarto.- El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta -Sala Laboral- velará por el exacto y estricto cumplimiento de esta providencia.

Quinto.- ADVIERTESE al Presidente de TELECOM que el desacato a lo aquí dispuesto será sancionado en la forma prevista por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Sexto.- LIBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO,
Magistrado Ponente, Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-047
de febrero 14 de 1995

DERECHOS - Límites

Todo derecho, así sea fundamental, es limitado. El derecho de un individuo está limitado por los derechos de los otros asociados, por el orden público, por el bien común y por el deber correlativo. Si se analiza a fondo la limitación de un derecho, se encontrará que hay límites intrínsecos, es decir, del mismo ente, y límites extrínsecos, o sea, puestos por el Estado o reconocidos por éste. Los límites intrínsecos son emanados de la esencia finita del objeto jurídico protegido. Estos límites son dados, también, por la misma condición del sujeto, que no es absoluto.

DERECHO AL TRABAJO - Naturaleza

Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en torno al derecho al trabajo, sean, per se, tutelables, como si fueran la parte esencial. Una derivación del derecho al trabajo podría convertirse en parte esencial del mismo derecho, cuando concurren, a lo menos, varios elementos, como son la conexidad necesaria con el núcleo esencial del derecho en un caso concreto, la inminencia de un perjuicio si se desconoce el hecho, merecimiento objetivo para acceder al oficio o para ejercerlo, la necesidad evidente de realizarlo como única oportunidad para el sujeto. Si se confunde el derecho fundamental con los derivados del mismo, se daría el caso de que todo lo que atañe a la vida en sociedad sería considerado como derecho fundamental, lo cual es insostenible.

DERECHO AL TRABAJO - Alcance

El derecho al trabajo, al ser reconocido como fundamental, exige la protección a su núcleo esencial, pero no la trae consigo la facultad de obtener

una vinculación concreta, porque ésta también puede constituir una legítima expectativa de otros, con igual derecho. Así, pues, en aras del derecho a la igualdad, no hay que proceder contra los intereses ajenos, sino en concordancia con ellos, de suerte que se realice el orden social justo, es decir, la armonía de los derechos entre sí.

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Con respecto a la igualdad de oportunidades, por ésta se entiende la misma disposición en abstracto frente a una eventual situación; es compartir la expectativa ante el derecho, así después por motivos justificados, no se obtengan exactamente las mismas posiciones, o los mismos objetivos. Como todos los miembros de la especie humana comparten la identidad esencial, es lógica consecuencia que se compartan las mismas oportunidades. Este es uno de los casos en que la igualdad equivale a la identidad, pero en abstracto, porque en lo real será la proporcionalidad.

CONCURSO DE MERITOS - Anulación por fraude

Podría alegarse que al quedar la accionante en el primer puesto -compartido- del concurso anulado, tendría un derecho adquirido al cargo. Sin embargo, como se ha dicho, el concurso no es el único elemento de juicio para acceder al cargo ofrecido, de manera que no hay una conexidad absoluta entre el cargo a proveer y los resultados del concurso, ya que existen otros factores a tener en cuenta en este caso, en los que juega un papel preponderante el criterio discrecional, aunque no absoluto, del empleador. En segundo lugar, la medida no desconoce la forma del concurso, sino, precisamente, la reafirma, y por ello busca erradicar la incertidumbre sobre la objetividad total. Sería absurdo fundar un derecho cierto sobre un derecho incierto, ya que el efecto justo debe tener una causa, igualmente, justa, en virtud de la proporcionalidad de la justicia.

CONCURSO DE MERITOS

Una de las maneras de ejercer un control efectivo sobre la diafanidad de un concurso es la rectificación de los posibles errores en que se hubiere incurrido en el proceso de selección, cuando a ello hubiera lugar. Si se está ante una situación poco clara a la luz de la ética y de la justicia, y existe la posibilidad de ajustarla perfectamente a derecho, lo procedente es rectificar siempre y cuando -se insiste- no se modifique una situación preestablecida conforme a la ley. Es notorio el hecho de que por el solo resultado del concurso de aptitudes no se configura una situación jurídicamente definida con respecto al cargo y, en cambio, en este caso hay la evidencia de que el concurso fue objetado por eventuales vicios, por lo cual sí procede la rectificación.

CONCURSO DE MERITOS - Nueva convocatoria /
UNIVERSIDAD DE SUCRE

La Comisión Seccional del Servicio Civil de Sucre obró correctamente, por cuanto ante ella, dada la naturaleza de sus funciones, entre las que se encuentra la de conocer de esta clase de presuntas irregularidades, se elevó la queja. Obviamente la comisión no podía permanecer impasible ante denuncia tan grave, y procedió a apelar al correctivo más adecuado para el caso, cual es el de convocar nuevamente a los aspirantes, con lo cual libra el procedimiento de selección de cualquier vicio, y garantiza, a la vez, el derecho a la igualdad de oportunidades de todos los concursantes. Si hay medios para proteger un derecho fundamental como lo es el derecho a la igualdad, ante una presunta amenaza o violación, se deben tomar los correctivos y medidas preventivas que sean necesarios para mantener incólume la dignidad del ser humano,como titular de ese derecho. A la peticionaria no se le ha impedido el acceso a la administración pública, ni se le ha desconocido su derecho al trabajo; solamente se le ha llamado a concursar en igualdad de oportunidades, debiendo esperar la determinación de la Universidad, que tiene un principio razonable de autonomía.

Ref.: Expediente T- 48145

Peticionaria: Cecilia Mejía Peña

Procedencia: Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo (Sucre)

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Temas: Derecho al trabajo

Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero 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,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-48145, adelantado por la señorita Cecilia Mejía Peña, en contra de la Comisión Seccional del Servicio Civil del Departamento de Sucre.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió para efectos 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 procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

La ciudadana Cecilia Mejía Peña interpuso ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo (Sucre), acción de tutela en contra de la Comisión Seccional del Servicio Civil del Departamento de Sucre, con el fin de que se le ampararan sus derechos al trabajo y a acceder a la administración pública, consagrados en los artículos 52 y 125 de la Constitución Política.

2. Hechos

Afirma la accionante que, luego de haber participado en un concurso convocado por la Universidad de Sucre, obtuvo el primer lugar como aspirante al cargo de auxiliar administrativo, junto con la señorita Silvia Corena quien obtuvo su mismo puntaje.

Sin embargo, manifiesta que la señorita Leonor Barrios, quien también participó en el mencionado concurso y ocupó el último lugar, elevó una queja ante la Comisión Seccional del Servicio Civil de Sucre, ya que, según ella, la señorita Corena conocía de antemano el examen de conocimientos generales. Tras conocer la mencionada queja, la Comisión Seccional del Servicio Civil de Sucre resolvió declarar nulo el concurso porque, según ellos, estaba demostrado que la situación que se había presentado con la señorita Silvia Corena "nublaba la trasparencia del concurso", según afirma la accionante.

A juicio de la peticionaria, la decisión de la Comisión Seccional del Servicio Civil de Sucre viola su derecho a ser nombrada en el cargo para el cual concursó, pese a que ella misma afirma que "desde el mes de abril, y con fundamento en el puntaje obtenido, el señor rector de la Universidad de Sucre, Gustavo Vergara Arrazola, me vinculó a la institución, inicialmente a hacer una licencia y posteriormente a través de contratos, como secretaria del Centro de Educación Continuada".

3. Pretensiones

Solicita la peticionaria que, en vista de que la decisión de la Comisión de la Seccional del Servicio Civil está violando el derecho a ser nombrada en el cargo para el cual concursó, dicha decisión solamente debe afectar a la señorita Silvia Corena y no a las otras aspirantes que concursaron.

Como medida provisional solicitó que se suspendiera la nueva convocación al concurso, medida que fue tomada simultáneamente en la Resolución mediante la cual se declaró nulo el primer concurso realizado.

III. ACTUACION PROCESAL

1. Unica instancia

Mediante auto de fecha 26 de agosto de 1994, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo admitió la presente acción de tutela, decretó y recolectó las pruebas que a continuación se relacionan:

A. Declaración de la Rectora (e) de la Universidad de Sucre

La señora Clarybel Miranda Mellado, vicerrectora académica, encargada en ese momento de la rectoría de la Universidad de Sucre, ratificó los hechos expuestos en la demanda, y además informó que la señorita Cecilia Mejía Peña "fue vinculada temporalmente hasta tanto se diera el pronunciamiento del Servicio Civil, teniéndose la claridad administrativa de que su vinculación dependería de los resultados emitidos por el mencionado Servicio Civil".

B. Declaración de la Jefe de Personal de la Universidad de Sucre

La señorita Xiomara Avendaño, Jefe de Personal de la Universidad de Sucre, afirmó que en la actualidad la peticionaria se encuentra vinculada a la mencionada Universidad como secretaria del Centro de Educación Continuada, en virtud de un contrato de prestación de servicios profesionales.

C. Declaración del vicerrector administrativo de la Universidad de Sucre

El señor Víctor Raúl Castillo, vicerrector administrativo de la Universidad de Sucre, manifestó que el concurso para proveer secretarias para dicha universidad fue declarado nulo ya que se estableció que existían vínculos familiares entre una de las secretarias encargadas de transcribir las preguntas de los exámenes y la señorita Silvia Corena, quien junto con la accionante, obtuvo el mayor puntaje en dicho concurso.

D. **Copia de la Resolución No. 017 de 5 de agosto de 1994, proferida por la Comisión Seccional del Servicio Civil del Departamento de Sucre**

Mediante esta resolución se declaró sin efecto la convocación a concurso para el cargo de auxiliar administrativo grado 04, efectuado por la Universidad de Sucre, y se ordenó que se convocara a un nuevo concurso, dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

E. **Copia del Acta No. 25 del 24 de mayo de 1994 y del Acta No. 26 del 7 de junio de 1994 de las reuniones de la Comisión Seccional del Servicio Civil del Departamento de Sucre,**

En dichas actas consta el trámite que se le dió a la queja presentada por la señorita Leonor Barrios Estrada, y existe constancia de la declaración rendida por la señora Rocío Acosta, quien afirmó haber transcrito el examen que se les practicó a los concursantes para el cargo de secretaria de la Universidad de Sucre, y que además, es cuñada de la señora Silvia Corena Verbal. En la reunión del 7 de junio de 1994 se tomó la decisión de declarar nulo el mencionado concurso.

2. **Fallo de única instancia**

Mediante providencia de fecha seis (6) de septiembre de 1994, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo resolvió denegar la acción de tutela interpuesta por la señorita Cecilia Mejía Peña.

"Del estudio del acervo probatorio -dice el Juzgado- se tiene que la peticionaria aspira a que se le tutele la expectativa de acceder al cargo en propiedad; en ningún caso se le ha impedido el acceso a la administración, ni se le ha desconocido o pretende desconocer su derecho al trabajo; simple y llanamente debe someterse a la determinación que al respecto tiene la Universidad, pues sus directivas han declarado que la vinculación de la accionante sólo se daría una vez estuviera en firme lo del concurso".

IV. 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. La materia

2.1 Todo derecho, así sea fundamental, es limitado

El universo jurídico conlleva una serie de limitaciones propuestas, en aras de la coexistencia armónica de los individuos, sus pretensiones e intereses. La acción humana está ordenada hacia el bien común, el cual no puede realizarse si la posición de una parte afecta la de las demás o al todo en sí mismo considerado. En la sociedad hay un fin a realizar en común; si el individualismo extremo se impone, se desconoce la prevalencia del *interés general*, y el *bien común* se torna en vana utopía.

Es un contrasentido jurídico pretender que un derecho -cualquiera que sea su importancia- sea absoluto, porque, por lo menos, todo derecho llega hasta donde comienzan los derechos ajenos. La convivencia limita, *per se*, los derechos, las facultades y las libertades individuales, con base en el orden público y el bien común. Además, no hay que olvidar que todo derecho tiene un deber correlativo. Así las cosas, se evidencia que el derecho de un individuo está limitado por los derechos de los otros asociados, por el orden público, por el bien común y por el deber correlativo.

No hay que considerar la limitación de un derecho como una mengua de la libertad humana, sino como una garantía de la misma. En efecto, cuando se limita un bien, una pretensión o un interés, con ello se garantiza también que las expectativas jurídicas de los demás no pueden sobrepasar la esfera jurídica propia, porque así como se limitan los derechos propios, igualmente se limitan los de los demás. Todo ésto es formulado con exactitud por Kant, cuando afirma que hay un imperativo categórico jurídico, consistente en que el libre albedrío de uno conviva con el libre albedrío de los demás, según una ley universal de libertad.

Si se analiza a fondo la limitación de un derecho, se encontrará que hay límites intrínsecos, es decir, del mismo ente, y límites extrínsecos, o sea, puestos por el Estado o reconocidos por éste. Los límites intrínsecos son emanados de la esencia finita del objeto jurídico protegido. Estos límites son dados, también, por la misma condición del sujeto, que no es absoluto. Es un hecho notorio que el hombre dentro de su perfección ontológica, es limitado y siempre debe haber una proporcionalidad entre el sujeto y el objeto del derecho. Entonces, si el hombre es limitado, su derecho será, igualmente, limitado, pues lo limitado no puede dominar lo absoluto. Los límites extrínsecos, como se reconoce desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, son impuestos por la ley, como regulante de los derechos. Si el derecho positivo es regulado por la ley, es obvio que no es absoluto. Lo absoluto, jurídicamente hablando, puede ser un fin

personalísimo dentro de la esfera subjetiva del ser humano, propia del orden moral, pero nunca un derecho, por la imposibilidad de *objetivización*. El derecho positivo es pues esencialmente limitado por la ley que lo regula y por su misma naturaleza finita.

2.2 El derecho al trabajo no supone una expectativa absoluta

Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en tomo al derecho al trabajo, sean, *per se*, tutelables, como si fueran la parte esencial.

Una derivación del derecho al trabajo podría convertirse en parte esencial del mismo derecho, cuando concurren, a lo menos, varios elementos, como son la conexidad necesaria con el núcleo esencial del derecho en un caso concreto, la inminencia de un perjuicio si se desconoce el hecho, merecimiento objetivo para acceder al oficio o para ejercerlo, la necesidad evidente de realizarlo como única oportunidad para el sujeto. Si se confunde el derecho fundamental con los derivados del mismo, se daría el caso de que todo lo que atañe a la vida en sociedad sería considerado como derecho fundamental, lo cual es insostenible.

Sobre el núcleo esencial de los derechos fundamentales, la Corte ha sostenido:

> "....El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. ....Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. ....La interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución. La ponderación de valores o intereses ju-

> rídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio".[1]

En otra Sentencia, sostuvo la Corte:

> "...Siguiendo a Peter Haberle, se denomina 'contenido esencial' al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas".[2]

De acuerdo con lo anterior, se colige que el núcleo esencial de un derecho fundamental consiste en su naturaleza, es decir, en su esencia como principio de operación, en la esfera irreductible del derecho; en otras palabras, el núcleo esencial es el constitutivo del ente jurídico que determina su calidad de inherente a la persona. Aquel bien que por esencia se le debe a la criatura racional y en algunos casos a la persona moral, de manera incondicional.

El derecho al trabajo, al ser reconocido como fundamental, exige la protección a su núcleo esencial, pero no la trae consigo la facultad de obtener una vinculación concreta, porque ésta también puede constituir una legítima expectativa de otros, con igual derecho. Así, pues, en aras del derecho a la igualdad, no hay que proceder contra los intereses ajenos, sino en concordancia con ellos, de suerte que se realice el *orden social justo*, es decir, la armonía de los derechos entre sí.

Así las cosas, debe entenderse que el derecho al trabajo no consiste en la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado por el arbitrio absoluto del sujeto, sino en la facultad, *in genere*, de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo indeterminados.

Ahora bien, con respecto a la igualdad de oportunidades, por ésta se entiende la misma disposición en abstracto frente a una eventual situación; es compartir la expectativa ante el derecho, así después por motivos justificados, no se obtengan exactamente las mismas posiciones, o los mismos obje-

---

1. Sentencia No. T-426/92, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2. Sentencia No. T-002/92, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

tivos. Como todos los miembros de la especie humana comparten la identidad esencial, es lógica consecuencia que se compartan las mismas oportunidades. Este es uno de los casos en que la igualdad equivale a la identidad, pero en abstracto, porque en lo real será la proporcionalidad. La igualdad como sinónimo de identidad absoluta, de disponer exactamente de los mismos bienes, no es siempre posible, porque cuando aparece la titularidad sobre un derecho, dicha titularidad excluye a los demás, implicando una especie de discemimiento jurídico. Establecer una violación al principio de igualdad de oportunidades equivale a desconocer que los humanos tienen identidad esencial, y, por ello, aspiraciones comunes, así luego la vida misma se encargue de establecer justas diferencias con base en la cantidad y calidad de trabajo real[3]

Y es que la diferenciación abstracta implica discriminación, en tanto que la diferenciación real es requisito material para que opere la igualdad real, que se funda, según ya se dijo, en la proporcionalidad entre entes que se han diferenciado. Se iguala lo diverso. Sin lo anterior se haría imposible, por ejemplo, entender la igualdad dentro del pluralismo, que siempre parte del supuesto de una distinción. Se distingue, pero se equipara, y el acto de equiparar lo diverso se hace con base en la regla de la proporcionalidad, la cual está, por cierto, consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política, que señala entre los principios mínimos fundamentales que debe tener en cuenta el legislador para expedir el estatuto del trabajo, el de la "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo".

3. El caso concreto

Con respecto al caso bajo examen, cabe hacer las siguientes precisiones:

3.1 Razonabilidad de la nueva convocación

Todo proceso constituye un conjunto de actos complejos; en este caso el concurso constituía apenas un trámite realizado dentro de un proceso de selección; por lo tanto, no se alcanzó a constituir en acto administrativo del cual se derivara una situación jurídica concreta que le sirviera a la petente para alegar un derecho adquirido. Sin duda al haber ganado el concurso junto con otra persona, se ha creado una mera expectativa. Pero de acuerdo con las reglas predeterminadas por la administración en la convocatoria era menester que se cumplieran otras fases del proceso de selección como el examen de la hoja de vida y la entrevista personal.

---

3. Abel Naranjo Villegas, "*Filosofía del Derecho*". Edit. Temis. Bogotá, 1990.

Como consta en el expediente examinado, se delató por parte de una de las concursantes el parentesco entre quien, en razón de su oficio, tenía conocimiento del temario materia del concurso y una de las concursantes, la cual, al parecer, obtuvo gracias a ello un alto puntaje. Lo anterior ponía en duda la objetividad y la transparencia que deben caracterizar a todo concurso de méritos, y, por sobre todo, el derecho a la igualdad de que son titulares todos los aspirantes. No se incriminó a nadie, sino que, prudentemente la entidad accionada, con el fin de que el proceso fuese libre de toda sospecha y con base en una situación existente no esclarecida, resolvió convocar a los aspirantes a nuevo concurso. Entonces, la demandada lo que hizo fue una rectificación del medio en aras de fortalecer el fin: la objetividad e imparcialidad en la selección del personal dispuesto a laborar. Con esto la comisión no lesionó los derechos de la peticionaria, puesto que se le dió una nueva oportunidad, razón por la cual sigue teniendo el derecho a concursar; por otra parte, no se configura en este evento, el perjuicio irremediable, razón por la cual la tutela no procede como mecanismo transitorio.

Ahora bien, podría alegarse que al quedar la accionante en el primer puesto -compartido- del concurso anulado, tendría un derecho adquirido al cargo. Sin embargo, como se ha dicho, el concurso no es el único elemento de juicio para acceder al cargo ofrecido, de manera que no hay una conexidad absoluta entre el cargo a proveer y los resultados del concurso, ya que existen otros factores a tener en cuenta en este caso, en los que juega un papel preponderante el criterio discrecional, aunque no absoluto, del empleador. En segundo lugar, la medida no desconoce la forma del concurso, sino, precisamente, la reafirma, y por ello busca erradicar la incertidumbre sobre la objetividad total. Sería absurdo fundar un derecho cierto sobre un derecho incierto, ya que el efecto justo debe tener una causa, igualmente, justa, en virtud de la proporcionalidad de la justicia.

Caso diferente es el de que se llegara a desconocer dentro del proceso de selección lo dispuesto en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo referente a actos administrativos que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto, o reconocido un derecho de igual categoría, caso en el cual el acto administrativo no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

3.2 El derecho a rectificar los medios que conducen a un fin

Una de las maneras de ejercer un control efectivo sobre la diafanidad de un concurso es la rectificación de los posibles errores en que se hubiere incurrido en el proceso de selección, cuando a ello hubiera lugar. Si se está ante una situación poco clara a la luz de la ética y de la justicia, y existe la posibilidad de ajustarla perfectamente a derecho, lo procedente es rectificar

siempre y cuando -se insiste- no se modifique una situación preestablecida conforme a la ley. Es notorio el hecho de que por el solo resultado del concurso de aptitudes no se configura una situación jurídicamente definida con respecto al cargo y, en cambio, en este caso hay la evidencia de que el concurso fue objetado por eventuales vicios, por lo cual sí procede la rectificación.

A juicio de la Sala, la Comisión Seccional del Servicio Civil de Sucre obró correctamente, por cuanto ante ella, dada la naturaleza de sus funciones, entre las que se encuentra la de conocer de esta clase de presuntas irregularidades, se elevó la queja. Obviamente la comisión no podía permanecer impasible ante denuncia tan grave, y procedió a apelar al correctivo más adecuado para el caso, cual es el de convocar nuevamente a los aspirantes, con lo cual libra el procedimiento de selección de cualquier vicio, y garantiza, a la vez, el derecho a la *igualdad* de oportunidades de todos los concursantes. Si hay medios para proteger un derecho fundamental como lo es el derecho a la igualdad, ante una presunta amenaza o violación, se deben tomar los correctivos y medidas preventivas que sean necesarios para mantener incólume la dignidad del ser humano, como titular de ese derecho.

Por otro lado, como los sostiene el *a-quo* a la peticionaria no se le ha impedido el acceso a la administración pública, ni se le ha desconocido su derecho al trabajo; solamente se le ha llamado a concursar en igualdad de oportunidades, debiendo esperar la determinación de la Universidad, que tiene un principio razonable de autonomía. Además, resalta la Sala que para este evento existen otros medios de defensa, como lo es la vía gubernativa, la cual debe agotarse, o acudir ante la jurisdicción Contencioso-administrativa para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con el del acto impugnado.

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: Confirmar la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo (Sucre) de fecha seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por las razones consignadas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, insértese 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-048
de febrero 14 de 1995

PROCESO POLICIVO / AMPARO POLICIVO- Naturaleza / **ACTO JURISDICCIONAL**

En el "amparo policivo" no se discute ni decide por tanto, sobre la fuente del derecho que protege al actor o a sus contradictores, por lo que el debate se limita exclusivamente a preservar o a restablecer la situación de hecho al estado anterior (statu quo) a la perturbación o a la pérdida de la posesión o tenencia del demandante sobre el bien. Sólo frente al juez competente puede plantearse el debate en torno al derecho sustancial en conflicto, es decir, sobre la titularidad del respectivo derecho real o personal (propiedad, posesión, tenencia en debida forma, etc.), cuando aquél conozca del proceso a que dé lugar el ejercicio de la correspondiente pretensión procesal. Los amparos policivos han sido asimilados a controversias de naturaleza jurisdiccional, hasta el punto que la providencia que culmina la actuación tiene idéntica naturaleza. Esta asignación especial de atribuciones jurisdiccionales a las autoridades de policía se aviene con el precepto constitucional del artículo 116, inc. 3o., según el cual, "excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas".

SERVIDUMBRES / AMPARO POLICIVO

El amparo policivo cobija sin distinción todas las especies de servidumbres (continuas, discontinuas, aparentes e inaparentes), sin excluir aquellas que solamente pueden adquirirse por medio de un título -discontinuas y continuas inaparentes- porque la necesidad o exigencia de la protección no la constituye el virtual derecho real existente sobre el inmueble, sino su ejercicio como simple expresión material de manifestación o efecto externo; por lo tanto, en caso de usurpación, negación o perturbación en el goce de una servidumbre es procedente el amparo policivo con la finalidad de restablecer la situación o las cosas al estado en que se hallaban antes del despojo o perturbación por la actividad de un tercero. Es por ello que el artículo 128 del

Código de Policía al referirse a la circunstancia de "amparar el ejercicio de una servidumbre", no advierte nada sobre la protección del derecho real que élla eventualmente conlleva.

TUTELA TRANSITORIA - Vigencia de la orden judicial

Procedió acertadamente el Tribunal cuando al conceder transitoriamente la tutela impetrada no señaló el término de que dispone el afectado, según el inciso 3o. del art. 8o. del Decreto 2591 de 1991 para promover ante el competente juez la acción correspondiente al medio ordinario de defensa judicial, pues indudablemente la norma parte del supuesto de que el ejercicio de la acción le corresponda concretamente a quien ha obtenido el amparo transitorio de su derecho fundamental a través de la sentencia de tutela. Puede afirmarse, que normalmente el ejercicio de la acción le corresponde a la persona favorecida con la sentencia de tutela transitoria, pero habrá casos en que ello no sea asi, bien porque el derecho objetivo no lo impone en cabeza de dicha persona o cuando a juicio del juez de tutela ésta se encuentre en un estado de indefensión patente desde el punto de vista físico, síquico, cultural, social o económico que le impida promover la acción, en cuyo caso, la carga de promover la acción debe ser impuesta por el juez de tutela a la parte que se encuentre en la situación mas favorable o ventajosa para instaurarla, con fundamento en los arts. 2o. (efectividad de los derechos) y 13 (principio de igualdad) de la Constitución Política.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES/ SERVIDUMBRE DE TRANSITO-Uso / COSA JUZGADA RELATIVA EN TUTELA / TRONCAL DEL CARIBE

El amparo policivo decretado por la autoridad de policía en el presente caso, en cuanto determinó que desde el punto de vista fáctico o material y no jurídico las personas favorecidas con el mismo tenían derecho al uso de la presunta y alegada servidumbre de tránsito, tiene vigencia "mientras el juez no decida otra cosa" (art. 127 ibídem) es decir, tiene el efecto de cosa juzgada relativa, vigente en tanto se adelante y concluye el respectivo proceso que debe promover dicha sociedad, pues contra ella se decretó el amparo policivo. No resulta lógico que quien obtiene el amparo al uso de una servidumbre, es decir, a quien se le define que materialmente puede continuar disfrutando de dicho uso, se le imponga la carga de promover el proceso dentro del cual se defina la titularidad jurídica del derecho real de servidumbre, porque ello equivaldría a desconocer no sólo el hecho real del uso que se viene ejerciendo, sino la situación favorable creada por el amparo, su efectividad y su fuerza jurídica provisoria, mientras el juez civil competente adopta la decisión que corresponda.

Ref.: Expediente T-46400

Peticionario: Técnicas Baltime S.A.

Tema: Tutela como mecanismo transitorio. Determinación de la persona que corresponde hacer uso de la acción correspondiente al medio ordinario de defensa cuando se obtiene un amparo policivo de una presunta servidumbre de tránsito.

Magistrado Ponente : Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C., febrero catorce (14) 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 Díaz, revisa el proceso de acción de tutela instaurado por la firma Técnicas Baltime S.A. ante el Tribunal Administrativo del Magdalena.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones.

La sociedad peticionaria de la tutela formula las siguientes pretensiones:

"1. Tutelar nuestros derechos fundamentales consagrados en los artículos 29 y 58 de la Constitución, revocando la providencia del 8 de abril de 1994, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Penal, mediante la cual se confirmó el auto del 8 de marzo de 1994, que negó nuestra petición del 27 de enero del año en curso".

"2. Tutelar nuestros derechos fundamentales consagrados en el artículo 29 y 58 de la Constitución, disponiendo notificar al señor Carlos Jiménez Mier la cesación de los efectos de la providencia del 25 de Agosto que concedió la tutela con carácter provisional, con el objeto que nuestra firma pueda ejercer los derechos inherentes a la propiedad sobre el lote de terreno ubicado en la ciudad de Santa Marta, dentro de los siguientes linderos..."

2. Los hechos.

2.1. Mediante providencia del 14 de enero de 1992, la Secretaría de Gobierno Distrital de Santa Marta-División de Justicia, resolvió amparar la posesión que los señores Carlos Jiménez Mier, Lucas San Juan Figueroa Mieles, Jesús María Suárez Ladino, Elda Yaneth Rivera Delgado y Wilfrido Santander Figueroa Mieles venían ejerciendo sobre un predio localizado en la calle 30 de la ciudad de Santa Marta, quebrada Tamacá de por medio y colindante por un costado con un inmueble de la empresa Técnicas Baltime de Colom-

bia S.A. De igual modo, la decisión contenida en dicha providencia amparó la presunta servidumbre de tránsito de la cual hacían uso los referidos poseedores para tener acceso a la Troncal del Caribe, servidumbre que la mencionada empresa había suprimido al construir un muro con motivo del cercamiento del inmueble que había adquirido mediante negociación con INURBE, a través de la escritura pública #1999 del 21 de julio de 1991 de la Notaría 30 de Bogotá.

2.2. Por diversas circunstancias, que no son relevantes para la decisión que ha de adoptarse en esta providencia, la diligencia programada para la ejecución de la providencia policiva se suspendió, cuando se adelantaba la demolición del muro (Cuaderno # 2, fl. 107), situación que aprovechó la firma demandada para reconstruirlo, sin que finalmente se lograra el cabal cumplimiento de la referida providencia.

Con el fin de obtener el efectivo cumplimiento de la decisión policiva, los interesados promovieron ante el Juzgado 3o. Civil Municipal de Santa Marta, acción de tutela contra el Inspector Quinto de Policía y el Secretario de Gobierno Municipal de Santa Marta por omisión en el cumplimiento de sus deberes. El a-quo negó las pretensiones de los peticionarios al considerar que "...no es procedente la tutela solicitada, en virtud de que no se está violando derecho fundamental constitucional alguno, sino que se está omitiendo el cumplimiento de un acto administrativo, como es la providencia dictada dentro de la querella policiva... debiendo por tanto el accionante acudir a la acción de cumplimiento que señala el art. 87 de la Constitución Nacional".-

La sentencia que negó la tutela impetrada no fue impugnada.

2.3. Al resultar fallida la mencionada acción de tutela y ante la renuencia de las autoridades de policía de cumplir lo que habían decidido con respecto al amparo de la pretendida servidumbre, los mismos interesados propusieron ahora una tutela contra Técnicas Baltime de Colombia S.A. con el fin de que se le impusiera la obligación de no obstaculizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Santa Marta, que la empresa accionada quebrantaba con el cerramiento del paso de los moradores del sector (Cuaderno # 1, fl. 29).

2.4 El Juzgado 6o Penal del Circuito de Santa Marta, al cual le correspondió por reparto el conocimiento del negocio, en sentencia del 26 de julio de 1993 negó la tutela bajo la consideración de que no estaba demostrada la existencia de la pretendida servidumbre y que existían otras vías de tránsito para que los demandantes pudieran entrar y salir de sus respectivos predios.

2.5 El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta -Sala Penal-, mediante sentencia del 25 de agosto de 1993 revocó el fallo del Juzgado 6o.

Penal del Circuito de Santa Marta y ordenó a la sociedad Técnicas Baltime de Colombia S.A. "...remover cualquier obstáculo físico o psicológico que impida a los habitantes del mencionado asentamiento, volver a utilizar el carreteable que atraviesa el predio, conforme venían haciéndolo desde años atras". Los derechos se tutelaron "... en tanto se instaura y falla el proceso correspondiente, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" (Cuaderno 1, fl. 42).

2.6 Transcurrido el plazo previsto en el inciso 3o. del art. 8o. del Decreto 2591/91 para que el afectado beneficiado con la acción de tutela como mecanismo transitorio proceda a instaurar la acción correspondiente al medio ordinario de defensa judicial, la empresa demandada procedió a solicitar al Tribunal Superior de Santa Marta que se declarara la cesación de los efectos de la tutela que favoreció a los interesados, con el fin de poder realizar libremente el cerramiento del inmueble de su propiedad y obtener que se suspendiera el tránsito por el camino sobre el cual se hacía uso de la mencionada servidumbre.

2.7. El Juzgado 6o. Penal del Circuito de Santa Marta, al cual le correspondió por competencia pronunciarse sobre la solicitud anterior, la negó en primera instancia (decisión del 8 de marzo de 1994), aduciendo la preexistencia de la decisión de la Secretaría de Gobierno Distrital del 14 de enero de 1992 que amparó la posesión y la servidumbre de tránsito de los vecinos del inmueble de la empresa, con la cual, a juicio del juzgado, se había cumplido anticipadamente la exigencia de la ley que había otorgado la tutela como mecanismo transitorio.

2.8. El Tribunal Superior de Santa Marta, según providencia del 8 de abril de 1994, confirmó la decisión del juzgado acogiendo los puntos de vista del a-quo al considerar también "...que los favorecidos con la acción de tutela promovida por Carlos Jiménez Mier, ya habían obtenido decisión a su favor por parte de autoridad competente, dentro de la querella policiva de amparo de la servidumbre promovida por éllos, por lo que el requisito del artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991 estaba cumplido de antemano".

2.9 Contra las providencias del Juzgado 6o. Penal del Circuito y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta-Sala Penal, a que se hizo alusión en los párrafos precedentes, se interpuso por Técnicas Baltime de Colombia S.A., acción de tutela al considerar que el Tribunal vulneró derechos constitucionales fundamentales, "...tales como el derecho al debido proceso, al conferirle al fallo de tutela un carácter definitivo, cuando los afectados disponían de otro medio de defensa judicial (se refiere a la sentencia de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior, de fecha 25 de agosto de 1993, que concedió a los presuntos poseedores la tutela para amparar el derecho al tránsito por un sector del lote de la sociedad, aunque la medida se

adoptó como mecanismo transitorio, (ver aparte 2.5) y desconociéndose que la competencia para declarar la existencia de la servidumbre corresponde al juez civil, con la observancia de la plenitud de las formas propias del procedimiento abreviado establecido en la ley".

"Además -agrega la sociedad accionante- se ha vulnerado el derecho a la propiedad privada y a los demás derechos civiles adquiridos con justo título, en virtud a que nuestra compañía ha resultado despojada injustamente del derecho de usar y disfrutar el lote de terreno ubicado en la ciudad de Santa Marta, sin tener la oportunidad de controvertir en juicio los fundamentos de hecho y de derecho que aducen los interesados para la declaratoria de la servidumbre".

II. FALLO QUE SE REVISA

El Tribunal Administrativo del Magdalena decidió favorablemente la acción de tutela de la empresa en fallo del 26 de julio de 1994. Consideró el Tribunal que las providencias acusadas desconocieron el derecho fundamental de la sociedad demandante al debido proceso y, en tal virtud, declaró la cesación de los efectos del fallo de tutela que profirió el 25 de agosto de 1993 el Tribunal Superior de Santa Marta, por no haberse instaurado oportunamente por los favorecidos con éste la acción judicial correspondiente.

En su decisión el Tribunal Administrativa revisa separadamente los distintos argumentos en que se apoya la demanda y niega la pretendida violación del derecho de propiedad al considerar que este derecho no pudo ser objeto de quebrantamiento alguno, como lo pretende la sociedad actora. Así se pronunció sobre el particular:

"Para el Tribunal no ofrece dudas que el derecho a la propiedad no ha sido vulnerado. Primero, porque efectivamente existe una sentencia , aunque no se haya ejecutado, que amparó la servidumbre. El fallo policivo expedido por el Secretario de Gobierno Distrital de Santa Marta, contrario a lo que considera el señor representante de la sociedad Técnicas Baltime de Colombia, es un acto jurisdiccional, una verdadera sentencia en cuanto define con fuerza de verdad legal una situación jurídica preexistente. Pero ante ese fallo, que está en firme y que puede ser ejecutado con mediana voluntad de la autoridad administrativa, cabe la posibilidad para la sociedad Técnicas Baltime de Colombia de iniciar un interdicto para recuperar la posesión (art. 408 #2 y 416 C.P.C.) o para la extinción de la servidumbre (art. 907 C.C.). Lo anterior determina que existiendo un medio judicial para defender el derecho de propiedad que se dice vulnerado o amenazado, la acción de tutela es improcedente, por disponerlo así el artículo 6o. numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991".

Sin embargo, la sentencia admite el desconocimiento del derecho al debido proceso, al encontrar el Tribunal que las decisiones cuestionadas, trocaron el fallo que otorgó la tutela como mecanismo transitorio en una decisión de carácter definitivo, descartando sin razón el proceso judicial para definir la existencia de la servidumbre y otorgarle a la sociedad contradictora el derecho a ser oída en debida forma. En estos términos desarrolla la sentencia el punto en cuestión:

"Este modo de pensar se viene al traste (se refiere al hecho de que la tutela a favor de los poseedores se otorgó como mecanismo transitorio) cuando luégo se niega declarar que han cesado los efectos de la tutela transitoria, dada la omisión de los interesados en instaurar el proceso correspondiente para la constitución de la servidumbre, pues ello es tanto como trocar la tutela concedida, de transitoria en definitiva, saltando por encima de la competencia del juez civil a quien correspondía decidirlo dentro de un proceso específico".

Luego el Tribunal contrargumenta los criterios de las providencias cuestionadas, por encontrarlos incoherentes con el sentido del fallo de tutela transitorio. En efecto señala:

"El argumento de que el fallo policivo, proferido mucho antes de la sentencia, relevaba a los moradores del asentamiento humano de presentar cualquier proceso civil, pues la decisión a tomar en él ya había sido adoptada, no es coherente con el fallo de tutela transitorio que debió tomar en cuenta la existencia de dicho fallo. Pues si ese fallo existía y ya había fallado la cuestión con competencia, la tutela sobraba y no podía concederse, ni aún en forma transitoria"

Finalmente anota:

"Es innegable que al no acceder a declarar que los efectos de la tutela transitoria habían cesado, ésta se convierte en definitiva, supliendo así el proceso de constitución de servidumbre de competencia de un juez civil, como lo reconoció la sentencia de tutela transitoria comentada. Al sustituirse un proceso y pasar por sobre la competencia de un juez, convirtiendo en definitiva una tutela transitoria, o dándole valor constitutivo al fallo policivo, se está violando el debido proceso, que es un derecho fundamental".

III. COMPETENCIA

La Sala es competente para revisar la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena , en virtud de la competencia que le atribuyen los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Delimitación del problema

Los actos cuestionados en el presente proceso son los autos del 8 de abril de 1994 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta-Sala Penal y del 8 de marzo emanado del Juzgado 6o. Penal del Circuito de dicha ciudad, mediante las cuales se decidió que los usuarios de la pretendida servidumbre de tránsito sobre el predio de la sociedad Técnicas Baltime de Colombia S.A., no estaban obligados a promover un proceso separado para difinir de fondo su derecho, no obstante lo dispuesto la sentencia del 25 de agosto de 1993 que concedió a aquellos la tutela antes referenciada como mecanismo transitorio, pues su situación jurídica está protegida por el fallo de policía del 14 de enero de 1992 que amparó el uso de la mentada servidumbre.

La decisión sobre las pretensiones de la peticionaria requiere el esclarecimiento previo de los antecedentes vinculados con la decisión contenida en los referidos autos, porque es indispensable conseguir una visión global del problema que sólo puede ser lograda a partir del examen del entorno dentro del cual se produjeron los hechos origen y causa del conflicto y del contexto de las decisiones que en las distintas instancias se pronunciaron, en relación con las sucesivas acciones de tutela que se promovieron. Ello es asi, porque si apenas se hace un examen insular de tales situaciones resulta imposible llegar a la verdad material que es el objetivo del proceso, y bien se sabe que la historia de los hechos es el fundamento de su conocimiento y el soporte de toda decisión justa.

Consecuente con lo anterior, es preciso comenzar por establecer la naturaleza del juicio de amparo policivo que se surtió ante la Secretaría de Gobierno Distrital de Santa Marta y dió lugar a la providencia del 14 de enero de 1992 y precisar, además, los alcances procesales de éste, en razón de la trascendencia jurídica que tanto el Juzgado 6o. Penal del Circuito de Santa Marta como el Tribunal Superior de dicho distrito le reconocieron a la resolución policiva, al punto que la admitieron como la decisión "de fondo sobre la acción instaurada" que reclama el artículo 8o. del Decreto 2591/91, cuando autoriza la tutela como mecanismo transitorio.

2. El amparo de la posesión sobre la servidumbre y la naturaleza de la providencia que lo otorgó.

La providencia del 14 de enero de 1992, proferida por la Secretaría de Gobierno Distrital de Santa Marta puso fin a un juicio de amparo policivo, que el Código de Policía instituye como un mecanismo preventivo dirigido a restablecer el poder de hecho que el poseedor o tenedor ejerce sobre un bien inmueble o mueble, o específicamente en una servidumbre (arts. 125 y 128),

sin que importe en cada caso concreto la valoración jurídica relativa al derecho real o personal que el actor pudiera tener (propiedad, uso, usufructo, servidumbre, arrendamiento, etc.).

En el "amparo policivo" no se discute ni decide por tanto, sobre la fuente del derecho que protege al actor o a sus contradictores (art. 126), por lo que el debate se limita exclusivamente a preservar o a restablecer la situación de hecho al estado anterior (statu quo) a la perturbación o a la pérdida de la posesión o tenencia del demandante sobre el bien. Ese es el sentido con que se regula por el artículo 125 del Código de Policía la figura del amparo. Así se expresa esta norma:

"La Policía sólo puede intervenir para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien, y en el caso de que se haya violado ese derecho, para restablecer y preservar la situación que existía en el momento en que se produjo la perturbación"

En este orden de ideas, el amparo policivo cobija sin distinción todas las especies de servidumbres (continuas, discontinuas, aparentes e inaparentes), sin excluir aquellas que solamente pueden adquirirse por medio de un título -discontinuas y continuas inaparentes- porque la necesidad o exigencia de la protección no la constituye el virtual derecho real existente sobre el inmueble, sino su ejercicio como simple expresión material de manifestación o efecto extemo; por lo tanto, en caso de usurpación, negación o perturbación en el goce de una servidumbre es procedente el amparo policivo con la finalidad de restablecer la situación o las cosas al estado en que se hallaban antes del despojo o perturbación por la actividad de un tercero. Es por ello que el artículo 128 del Código de Policía al referirse a la circunstancia de "amparar el ejercicio de una servidumbre", no advierte nada sobre la protección del derecho real que élla eventualmente conlleva.

Sólo frente al juez competente puede plantearse el debate en tomo al derecho sustancial en conflicto, es decir, sobre la titularidad del respectivo derecho real o personal (propiedad, posesión, tenencia en debida forma, etc.), cuando aquél conozca del proceso a que dé lugar el ejercicio de la correspondiente pretensión procesal.

Por otra parte, debe advertirse que los amparos policivos han sido asimilados a controversias de naturaleza jurisdiccional, hasta el punto que la providencia que culmina la actuación tiene idéntica naturaleza (Art. 82 C.C.A.). Esta asignación especial de atribuciones jurisdiccionales a las autoridades de policía se aviene con el precepto constitucional del artículo 116, inc. 3o., según el cual, "excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas".

No obstante, es de observar que las providencias policivas tienen un alcance precario y provisorio porque no pueden resolver sobre cuestiones de fondo como las atinentes a la definición de los derechos sustanciales vinculados al objeto del amparo que puedan corresponder a las partes; sus efectos son limitados en el tiempo y, en vista de lo cual, pueden ser modificadas por la sentencia judicial con que se resuelva la respectiva controversia, vgr. sobre la legitimidad del derecho real de servidumbre, la cual puede promoverse luego de producido el amparo a iniciativa del interesado, pues, como lo señala el Código de la materia, "las medidas de policía para proteger la posesión y la tenencia de bienes se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa" (Código Nacional de Policía art. 127)

3. Alcance del fallo de tutela del Tribunal Superior de Santa Marta en favor de los usuarios de la servidumbre de tránsito. Persona que debe promover la acción cuando la tutela se concede como mecanismo transitorio.

Como se deduce de los antecedentes antes relacionados, la esencia del problema en que se vieron comprometidos los vecinos del predio de Ténicas Baltime de Colombia S.A. en Santa Marta, obedeció al hecho de que las autoridades de policía de la ciudad se negaron, por razones aún no esclarecidas, a hacer cumplir la providencia que les otorgó el amparo solicitado para restablecer y preservar el uso de una presunta servidumbre de tránsito.

Esa circunstancia explica los sucesivos y fallidos intentos de los interesados por lograr el cumplimiento de la decisión policiva, hasta cuando el Tribunal Superior de Santa Marta -Sala Penal- en providencia del 25 de Agosto de 1993, decidió "conceder transitoriamente la tutela solicitada" y dispuso "ordenar a la sociedad Técnicas Baltime de Colombia S.A. remover cualquier obstáculo físico o psicológico que impida a los habitantes del mencionado asentamiento, volver a utilizar el carreteable que atraviesa el predio conforme venía haciéndolo desde años atras".

El fundamento de la decisión se soporta, según el Tribunal, "ante el hecho cierto de una fáctica servidumbre de tránsito sobre el predio de la sociedad demandada" (fl.42), y en virtud de que "evidente resulta el carácter de irremediable que ostenta este perjuicio" (fl. 43).

Nótese que la acción de tutela promovida en esta oportunidad contra Técnicas Baltime de Colombia S.A. tuvo como objetivo lograr que la sociedad "... permita el uso de la servidumbre que ha impedido, no obstante la sentencia condenatoria de la secretaría de gobierno distrital". Resulta entonces evidente que la tutela no buscaba el reconocimiento del derecho al uso de la servidumbre, porque ya se había concedido expresamente por la Alcaldía de Santa Marta con ocasión del fallo de policia, sino para que se dispusiera e impusiera su cumplimiento (fl. 32).

Procedió acertadamente el Tribunal cuando al conceder transitoriamente la tutela impetrada no señaló el término de que dispone el afectado, según el inciso 3o. del art. 8o. del Decreto 2591 de 1991 para promover ante el competente juez la acción correspondiente al medio ordinario de defensa judicial, pues indudablemente la norma parte del supuesto de que el ejercicio de la acción le corresponda concretamente a quien ha obtenido el amparo transitorio de su derecho fundamental a través de la sentencia de tutela. Puede afirmarse, que normalmente el ejercicio de la acción le corresponde a la persona favorecida con la sentencia de tutela transitoria, pero habrá casos en que ello no sea asi, bien porque el derecho objetivo no lo impone en cabeza de dicha persona o cuando a juicio del juez de tutela ésta se encuentre en un estado de indefensión patente desde el punto de vista físico, síquico, cultural, social o económico que le impida promover la acción, en cuyo caso, la carga de promover la acción debe ser impuesta por el juez de tutela a la parte que se encuentre en la situación mas favorable o ventajosa para instaurarla, con fundamento en los arts. 2o. (efectividad de los derechos) y 13 (principio de igualdad) de la Constitución Política.

Una solución semejante a la propuesta se encuentra en la sentencia T-05/95[1], en la cual se dijo lo siguiente:

"6. Ante la necesidad de que sea la jurisdicción laboral la que decida a quien corresponde el pago de servicio médico de la peticionaria, se plantea el problema de quién debe soportar las consecuencias temporales de la falta de certeza legal. La situación de extrema fragilidad de la peticionaria es una razón suficiente para descartar la solución que consiste en que sea ella quien espere -en la situación de desprotección actual - la decisión de la jurisdicción competente. De otra parte, la demanda de tutela no se dirige contra el instituto de seguro social y, por lo tanto, la parte resolutiva de esta providencia no podría afectarlo. Se impone entonces una solución que ordene el mantenimiento del *statu quo* mientras se decide de fondo. La empresa debe continuar pagando el monto de los servicios médicos como una consecuencia de los deberes sociales que la constitución le exige frente a sus trabajadores. No en vano la Carta le impone a la empresa -célula económica que reúne al capital y al trabajo -, una precisa e importante función social que cumplir (CP art. 58)"

4. La solución del caso en estudio

Partiendo de la circunstancia de que el Tribunal no señaló un plazo determinado para el ejercicio de la acción correspondiente ante el juez civil competente, omisión plenamente justificada según la interpretación que se

---

1. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

ha hecho de la preceptiva del inciso 3o. del art. 8o., ibídem, considera la Sala que las providencias de la Sala Penal del Tribunal y del Juzgado 6o. Penal del Circuito de Santa Marta se ajustan a derecho y, por lo tanto, no desconocen el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad Técnicas Baltime de Colombia S.A., pues el amparo policivo decretado por la autoridad de policía en el presente caso, en cuanto determinó que desde el punto de vista fáctico o material y no jurídico las personas favorecidas con el mismo tenían derecho al uso de la presunta y alegada servidumbre de tránsito, tiene vigencia "mientras el juez no decida otra cosa" (art. 127 ibídem) es decir, tiene el efecto de cosa juzgada relativa, vigente en tanto se adelante y concluye el respectivo proceso que debe promover dicha sociedad, pues contra ella se decretó el amparo policivo.

Podría decirse adicionalmente y para mayor abundamiento que no resulta lógico que quien obtiene el amparo al uso de una servidumbre, es decir, a quien se le define que materialmente puede continuar disfrutando de dicho uso, se le imponga la carga de promover el proceso dentro del cual se defina la titularidad jurídica del derecho real de servidumbre, porque ello equivaldría a desconocer no sólo el hecho real del uso que se viene ejerciendo, sino la situación favorable creada por el amparo, su efectividad y su fuerza jurídica provisoria, mientras el juez civil competente adopta la decisión que corresponda.

Llama la atención a la Sala la circunstancia de que si bien el Tribunal Administrativo del Magdalena otorgó la tutela interpuesta por la sociedad actora sus efectos, dada la perentoriedad de la norma del art. 127 del Código Nacional de Policía, quisieron neutralizarse al disponerse en la parte motiva, que no en la resolutiva, que los efectos de la decisión policiva no se afectarían o alterarían, con lo cual, se adoptó una decisión que es manifiestamente incongruente y contradictoria. En efecto, dijo el Tribunal al precisar en la parte motiva el alcance de la tutela en cuestión:

"3.- en cuanto el objeto mismo o propósito final de la tutela ha de decirse que la que se ha de otorgar no va más allá, en sus efectos, que la simple declaratoria de que la tutela transitoria otorgada por la Sala Penal del Tribunal superior de Santa Marta ha perdido vigencia, sin la virtualidad de autorizar al accionante para que pueda impedir el paso o la utilización del carreteable que atraviesa el predio, pues para ello, como ya se analizó, tiene acciones legales"

Por las razones expuestas, se revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena y, en su lugar, se negará la tutela impetrada por la Sociedad Técnicas Baltime de Colombia S.A.

V. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Revocar la sentencia de fecha 26 de Julio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se concedió la tutela impetrada por la sociedad actora y se declaró la cesación de los efectos del fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el 25 de agosto de 1993, en favor de los señores Carlos Jiménez Mier y otros. En su lugar niégase la tutela solicitada.

Segundo. Disponer que por Secretaría General se comunique el contendio de esta providencia al Juzgado 6o. Penal del circuito de Santa Marta para los fines previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, 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-049
de febrero 15 de 1995

TUTELA INTERPUESTA POR LA PROCURADURIA / ACCION DE TUTELA - Informalidad / **DEMANDA DE TUTELA**- Nombres de accionantes

La Procuradora Delegada para el Menor y la Familia puede solicitar el amparo si considera que unos niños o adolescentes ven afectados sus derechos fundamentales. En el caso de niños minusválidos, desamparados, con mayor razón hay interés de la Procuraduría para solicitar la tutela porque procede agenciando derechos ajenos "cuando el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa". Dado el carácter informal de la acción, la funcionaria no está obligada a relacionar en la solicitud los nombres de los menores a cuyo nombre actúa, perfectamente puede, como lo hizo, remitirse a un listado que anexa. Pero, esto no es óbice para que, si dentro del juicio surgen nuevos nombres, el amparo también se aplique a esos otros niños aunque no figuren en el listado original. En verdad se protege es a un grupo humano afectado en su totalidad por causas idénticas.

TUTELA CONTRA PERSONAS DETERMINADAS / TUTELA CONTRA ENTIDADES DETERMINADAS

En el presente caso la Procuradora hace una lista de numerosas entidades contra quienes se dirige la acción de tutela. Lo aconsejable sería que hubiera más precisión en la designación del sujeto pasivo de la acción. Pero, le corresponde al juez de tutela definir en la sentencia a quién se le hacen las prevenciones o se dirigen las órdenes y esto fue lo que aconteció porque la parte resolutiva de la sentencia que se revisa solamente señaló condenas contra la Beneficencia de Cundinamarca y el ICBF.

RENTAS PARA INVERSION SOCIAL / GASTO SOCIAL

La Constitución determinó que no hay rentas de destinación específica, pero exceptúa "las destinadas para inversión social" (art. 359 CP), y, en el artí-

culo 336 determinó que "las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud". No sobra agregar que el artículo 62 prohibe variar el destino de las donaciones intervivos o testamentarias hechas para fines de interés social, y, es de público conocimiento, que las Beneficencias reciben gran cantidad de donaciones.

TUTELA CONTRA BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA / BENEFICENCIA - Finalidad / **HOSPICIOS** - Humanización

Si un establecimiento público, como es una Beneficencia, incumple con sus obligaciones, y lo que es mas grave, permite que los niños estén en circunstancias peores a las narradas por Charles Dickens, ofendiendo la majestad de la existencia humana, la sociedad no puede permanecer impasible, la Procuraduría puede y debe tomar la vocería de los desamparados y la justicia tienen la obligación de tutelar con rapidez y energía. Aunque no se pueda acusar a la Beneficencia de Cundinamarca de pretender dolosamente hacerle daño a los niños, la realidad es que sencillamente se los abandona a su suerte. Esta indiferencia, tan alejada del humanismo, se torna culposa. Al ser esos niños elegidos para su cuidado gratuito, hay que darles todo el apoyo que se pueda, sólo de esta manera se concreta el gasto público social. Solo así las Beneficencias desarrollan la función que realmente les corresponde.

DERECHOS DE LOS NIÑOS / MENOR DISMINUIDO - Protección

El artículo 44 de la Carta Política reconoce como derechos fundamentales de los menores, entre otros, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el cuidado y el amor. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizarle su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos, prevaleciendo los derechos del niño sobre los derechos de los demás. El adolescente también tiene derecho a la protección y a la formación integral. Si esos menores son disminuidos físicos, el Estado tiene la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración, dándole la atención que requieran. Que ese servicio tienen la característica de gratuito es algo que ya se indica en el artículo 49 de la Carta Política.

DERECHO A LA VIDA DE LOS NIÑOS - Condiciones infrahumanas

Es indudable que se afecta este derecho en nivel muy alto cuando se maltrata a un menor minusválido encerrándolo por las noches, no dándole el abrigo y los alimentos requeridos, no curándolo ni prestándosele la asistencia para sobrevivir. Además, es indigno no darles a esos niños un mínimo sentido de vida y mantenerlos, por el contrario, en un desesperante vació existencial.

DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA DE LOS NIÑOS

Encerrar bajo llave unos niños, sin posibilidad siquiera de acudir a los servicios sanitarios, es un trato degradante; como lo es también mantener el hacinamiento que fomenta el homosexualismo y en instalaciones locativas más que precarias. Además, es un trato cruel someter a niños de escasa edad al hambre y la camisa de fuerza.

DERECHO A LA SALUD DE MENORES DISMINUIDOS

Son motivo de tutela niños afectados en mayor o menor grado por enfermedades mentales, ellos tienen derecho a curación, luego no es justo que la asistencia médica y los medicamentos se les reduzca a la más mínima expresión. Y como esto último ocurre, es patente la violación del derecho a la salud.

DERECHO A LA ALIMENTACION

La Alimentación equilibrada es un derecho fundamental establecido en la norma citada, a él tienen derecho los niños, y, en el caso de la presente tutela está plenamente demostrada la desnutrición de la totalidad de los infantes.

DERECHO AL CUIDADO Y AL AMOR

Salta a la vista la desidía de la Beneficencia respecto a la protección que requieren los niños y los adolescentes. Los hechos relatados en esta sentencia son estremecedores. Es obligación de la entidad que presta el servicio asistencial tomar todas las medidas necesarias para superar las omisiones y hacer que los niños mental y físicamente impedidos reciban cuidado, educación y alimento, buscando, en lo posible, lograr su autosuficiencia e integración a la sociedad. Hay que recordar que el artículo 44 de la C.P. habla de "CUIDADO Y AMOR". Olvidados como están los niños, le corresponderá también al ICBF colaborar en la búsqueda de un contorno humano para superar tan terrible aislamiento.

DERECHO A LA EDUCACION DE MENORES DISMINUIDOS

La educación de las personas con limitación física o mental es obligación especial del Estado. Y si tales personas han sido ubicadas en una casa de beneficencia, corresponde a ésta tal responsabilidad y si no lo hace, como ha ocurrido en el presente caso, viola el derecho fundamental a la educación.

DERECHO A LA RECREACION DE MENORES DISMINUIDOS

La recreación es una facultad inherente al ser humano, aún a los afectados mentalmente. Aunque sus enfermedades algunas veces no ofrezcan

perspectiva de derrota de la dolencia, de todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar la recreación. Para ello se requiere que en el albergue haya elementos materiales y funcionales que humanicen el tratamiento, y, en el caso de estudio, pasa todo lo contrario: hay un sistema organizativo que aumenta la desesperación y la locura.

SENTENCIA DE TUTELA - Competencia para el cumplimiento

Mientras no esté restablecido el derecho, el juzgador de primera instancia mantiene la competencia para vigilar el cumplimiento de la decisión, tramitando si llegare a ser necesario, incidente de desacato y aún pidiendo sanciones penales, luego el seguimiento corresponde legalmente a quien conoció de la acción de tutela; y, a la Procuraduría, según el artículo 277, numeral 1º de la Constitución, se atribuye la vigilancia del cumplimiento de las decisiones judiciales. Entonces, la orden del numeral 6º restringe una etapa muy importante: la del seguimiento de las decisiones, luego debe revocarse, lo cual implica que, sin necesitarse orden expresa, el Juez de Tutela y la Procuraduría cumplirán sus funciones.

Ref.: Expediente T-49558

Peticionario: Procuradora Delegada para la Defensa del Menor y de la Familia.

Primera Instancia: Sala de Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca.

Temas: -El gasto social es prioritario

- Seguridad Social y protección al menor.

- Las Beneficencias: son un medio al servicio de la sociedad y no un fin en si mismo.

- La humanización de los hospicios.

- Sujetos en la acción de tutela.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de febrero 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 proceso de tutela identificado con el número de radicación T-49558.

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 T-49558. Por reparto le correspondió dicho negocio a esta Sala de Revisión.

1. Solicitud

La Procuradora Delegada para la Defensa del Menor y de la Familia solicita que sean tutelados los Derechos fundamentales a la vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, cuidado, educación, cultura y recreación de los menores que se encuentran en el albergue "La Colonia" de Sibaté. Para la petente los niños son:

"Martín Niño, Alfonso Tellez Alvarez, Camilo Niño, Alberto Londoño, Pablo Emilio Ramírez, Felipe Narvaez, Jesús Arango, Alexander Zuluaga, César Ignacio Montaño, Edwin Fernández, Edgar Alirio Forero Gutiérrez Wilson Ramiro Forero Gutiérrez, Jimi Eric Rozo Torres, José Vicente Suárez, José Manuel Urrea, Alexander William Ruiz, Héctor Raul Salazar, Eduardo Maldonado Vega, Alexander Gómez, Ruben Dario Sacristán, Omar Puentes Puentes, Sergio Andrés Muñoz, Benjamin Vanegas Morales, Carlos Andrés Nieto Morales, Ismael Forero Gutiérrez, Andrés Guillermo González, Arquimides Granados, Herler Pinzón, Alexander Cabrera, Carlos Andrés Osorio Bayona, Eduardo Ricardo Gaitan, Juan Carlos Hineztroza, Guillermo Villalobos, José Jacinto Ayala, José Gregorio Felipe, Luis Armando Meneses, Hohnson Puerto Rodríguez, Miller Ernesto Garzón, Oscar Orlando Rivera, José Fidel Guerrero,-Walter Urrego, Santiago Díaz Chacon, Carlos Romero, Andrés Rodríguez, Luis Alberto Vives, Fabian Rodríguez Baquero, John García, Abelardo Carrillo, Andrés Nieto, José Guillermo Poveda, Andrés Vives, Ricardo Vives, Felipe Vives, Mauricio Vives, Jairo Benitez, Oscar Henry Castiblanco, Ulises Montaña, Julio Miranda, Alexander Valencia,

Carlos Sánchez, Javier Rada Romero, Edwin Vives, Carlos Andrés Zabala, Oscar Alberto, Acosta Díaz, Felipe Narvaez, Joselito Vásquez."

Pide para estos menores protección inmediata y reclama las siguientes medidas urgentes:

Que los establecimientos "Casa asistencial la Quinta","Refugio José Joaquín Vargas" y "Albergue la Colonia", que están bajo la responsabilidad directa del Departamento de Cundinamarca y/o la Beneficencia de Cundinamarca sean adecuados para que brinden la atención necesaria y digna a los menores, a fin de que sean realmente protegidos y cesen las vulneraciones de sus derechos y, entre tanto, como mecanismo transitorio se los reubique en otras instituciones.

Dice que los mencionados establecimientos, que dependen directamente de la Beneficencia de Cundinamarca, atienden a los menores en condiciones infrahumanas.

Informa que la Procuraduría se dirigió a la Beneficencia y al ICBF para que efectuara" los correctivos del caso, pero, once meses después, la situación en vez de mejorar empeoró como se constató en visita de verificación efectuada por la misma Procuraduría".

No obstante que la sindicación es contra la Beneficencia, la tutela también la encausó contra:

- ICBF (Regional Cundinamarca)
- Departamento de Cundinamarca
- Ministerios: Salud, Educación, Trabajo
- Instituto Nacional de Sordos
- Instituto Nacional de Ciegos
- Comité Nacional para la protección del menor deficiente

Admitida que fue la solicitud, el Tribunal, de inmediato, pidió información adicional a diferentes entidades, agregó video - cassettes del noticiero CM& e incorporó numerosa prueba documental y unas fotografías impresionantes sobre el estado en que se encuentran los niños.

Además, el Magistrado Ponente José Malagón Páez, practicó una diligencia de inspección judicial en el albergue "La Colonia", atendido por religiosas de la comunidad de las Vicentinas.

Allí se encontraron 69 niños, en el pabellón Niño Jesús, todos con síntomas visibles de retardo mental y algunos con deformaciones físicas congénitas. El

Magistrado igualmente observó el pabellón San José donde había 42 adolescentes y se halló otro pabellón con 15 pacientes en estado crítico.

Las conclusiones que surgen de las pruebas recogidas por el Tribunal son muy claras y en el fallo se relacionan y analizan de la siguiente manera:

"Respecto a la Institución Albergue La Colonia, como quedó establecido preliminarmente, depende, como las anteriores, de la beneficencia de Cundinamarca; tiene una población interna de 750 pacientes, de los cuales 111 son menores de edad, 69 ubicados en el pabellón pediátrico "Niño Jesús", aunque dos de ellos, Edison Monteria y José Poveda son mayores cronológicamente, sus edades mentales son muy inferiores, están ubicados por cuenta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los otros 42 con edades entre 14 y 18 años pertenecen al pabellón "San José". Los primeros están a cargo de la religiosa Sor Cleotilde Valencia, quien lleva 16 años al frente del mismo servicio y los segundos bajo la responsabilidad de Sor María Galván.

De todo el acervo probatorio recaudado, constituido por el informe de la visita, fotografías, video-cintas tomadas por la Procuraduría y el Telenoticiero CM&, los informes del propio Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, fotocopias de los oficios aportados por la comunidad que regenta la institución y constatación directa tomada por el Tribunal en la inspección judicial ordenada y practicada para el efecto, se puede concluir que el albergue "La Colonia" es una insitución que presenta protuberantes fallas locativas, administrativas, presupuestales, de organización, insuficiente dotación y fundamentalmente la atención adecuada para la población interna en general, pero más concretamente para los menores allí albergados quienes presentan evidentes muestras de desnutrición, abandono, descuido, desaseo y en general de desprotección, viendo con ellos violados, conculcados o amenazados todos sus derechos, con especial significación el derecho inalienable a la vida, que no significa solamente la posibilidad de existir o respirar, sino de vivir con decoro y dignidad acorde con su condición de ser humano.

El derecho a la salud, porque se carece de ella, no sólo de la física sino de la mental, sin que se vislumbre esfuerzo alguno para obtener su mejoría, tratamiento o rehabilitación. El derecho al desarrollo de la personalidad porque, no obstante, en la mayoría de los casos encontrarse los menores, frente a los cuales se depreca la tutela, privados del más elevado patrimonio de una persona como es el ponderado equilibrio en la razón, dada su insanía mental, tampoco cuentan con las garantías mínimas para poder siquiera aspirar precariamente a ese derecho.

El derecho a ser protegido contra la forma de abandono, maltrato, trato cruel o degradante, violencia física o moral, porque un individuo que se

halla en las reseñadas condiciones, amén de estar abandonado por su propio destino que le deparó una existencia plagada de limitaciones, también lo está por su familia que lo dejó a la intemperie de su desgracia, de una sociedad que cada vez se torna más indolente con la miseria humana y de un Estado que antes que cumplir con sus obligaciones, violenta, amenaza o en el "mejor de los casos" desconoce, por acción u omisión, de sus organismos o de sus agentes, los más sagrados e inalienables derechos del individuo en estado de necesidad o carenciado, por que en él ocurre una paradójica simbiosis de inferioridad, por su temprana edad, por el abandono y por la limitación física o mental que padece, todo lo cual es una verdad inocultable que infortunadamente para los afectados, en el caso presente, no ha tenido solución eficaz por los medios o mecanismos idóneos o regulares.

Resulta especialmente preocupante, entre otros tantos aspectos, la insuficiencia de personal calificado para atender a estos infantes, pues debe recalcarse que en el pabellón pediátrico "Niño Jesús" tan solo se cuenta con una religiosa de quien, si bien se advierte su gran espíritu de servicio y abnegación, ello no basta para atender una problemática de tales dimensiones con uno o dos auxiliares que esporádicamente le colaboran en el día, teniendo que recurrir a otros enfermos adultos con algún grado de rehabilitación, muy precario por cierto, para atender a los menores, la mayoría de los cuales están afectados por deficiencias o limitaciones tan severas que demandan de un cuidado y atención especial, dada su total dependencia.

Se logró establecer, por la información obtenida de la propia Institución, que no se prodiga ningún tipo de atención científica, pues por ejemplo en el pabellón "Niño Jesús" tan solo se cuenta con el servicio de un médico que únicamente asiste los días jueves en las horas de la tarde, una terapista ocupacional que asiste irregularmente y una fisioterapista para atender las necesidades de toda la institución (750 pacientes).

Pero lo más aberrante es que en las horas nocturnas los menores deben permanecer solos, encerrados con candado y, como lo anotó con cristiana resignación la religiosa encargada, "únicamente bajo el cuidado de la Divina Providencia".

Buen número de niños permanecen semidesnudos y descalzos y algunos totalmente desprovistos de uno y otro elemento y aunque se mencionó que ello obedecía fundamentalmente a que los menores no se dejan colocar ningún tipo de prenda, porque no la resisten o porque la destruyen, tampoco se demostró su existencia, la mayor parte se recibe por donación.

Son varios los intentos por mejorar la Institución, todos fallidos, porque a la postre no dejan de ser sino un simple listado de buenas intenciones ya que, como suele acontecer, las entidades responsables se escudan en todo

tipo de argumentos para eludir sus obligaciones o al menos para justificar su incuria."

Es de advertir que ese cuadro patético se refiere a los niños del albergue La Colonia en donde el común denominador es hacinamiento, pobreza, carencia de elementos mínimos, falta de personal médico, paramédico y de servicios generales, todo esto en sentir de quien practicó la diligencia de inspección denota "indolencia y desgreño administrativo de la Beneficencia de Cundinamarca, entidad de la cual depende esta institución".

1.3 Decisión del Tribunal. 27 de septiembre de 1994

Con fundamento en los artículos 2º, 5, 13, 44, 47 de la Carta Política y el art. 23 de la Convención Internacional de los derechos de los niños, concluyó el Tribunal que los menores de edad son sujeto preferencial del derecho y es, entonces, obligación del Estado la función asistencial, máxime si se trata de minusválidos.

Esta fue su decisión:

"PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales constitucionales de la vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, cuidado, educación y recreación de Martin Niño, Alonso Tellez Alvarez, Camilo Niño y demás menores que figuran en la lista que hace parte de la demanda presentada por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia y que se encuentran ubicados en el albergue "La Colonia" de Sibaté, perteneciente a la Beneficencia de Cundinamarca.

SEGUNDO: Ordenar a la Beneficencia de Cundinamarca que en un plazo no mayor de 90 días proceda a realizar las obras necesarias para la adecuación de los Pabellones "Divino Niño" y "San José" del albergue "La Colonia" de Sibaté, en sus aspectos físicos, administrativos, dotación de los elementos necesarios para el bienestar de los menores y la destinación del personal científico (médico y paramédico) y administrativo indispensable para la correcta atención de los pacientes allí ubicados.

TERCERO: Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regionales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca avocar conocimiento de todos y cada uno de los casos de menores en situación irregular que en la actualidad se encuentran internados en las instituciones "La Colonia", Refugio "José Joaquín Vargas" y casa asistencial "La Quinta" del Municipio de Sibaté, definiendo, mediante el correspondiente proceso de protección, tanto la situación de cada menor como la correspondiente medida, oficiando a la Procuraduría Delegada para la protección del Menor y la Familia sobre los resultados.

CUARTO: ORDENAR, como mecanismo transitorio, a la Beneficencia de Cundinamarca y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regionales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, la reubicación de los menores relacionados en el libelo tutelar actualmente en la institución La Colonia, en otras instituciones públicas y privadas que les puedan brindar la protección requerida, en un plazo no mayor de 15 días y mientras se dá cumplimiento a lo ordenado en el numeral segundo de este fallo.

QUINTO: INSTAR al Comité Nacional para la Protección del Menor Deficiente para que se de cumplimiento a las funciones a él asignadas en el artículo 230 del Código del Menor.

SEXTO: SOLICITAR a la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia realizar el seguimiento de las decisiones tomadas en la presente acción para verificar su cabal cumplimiento.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

1. 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 3º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

2. Temas jurídicos en estudio

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional desarrollará los siguientes temas:

- Sujetos de la acción de tutela.

- Seguridad social y mejoramiento de la calidad de vida de la persona.

- Protección a los menores.

- Prioridad en el gasto social.

En primer lugar es necesario estudiar quienes pueden ser sujetos de la acción de tutela, porque el caso obliga a un previo y especial pronunciamiento al respecto.

A.- El ministerio público puede instaurar una acción de tutela

La Procuraduría General de la Nación puede ser sujeto activo de la acción de tutela bién seà porque actúe en defensa de su institución o de la comunidad como ocurre en el presente caso. Tal personería tiene su base en la misma Constitución.

El artículo 277 de la Carta Política señala como funciones de la Procuraduría: proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, defender los intereses de la sociedad, intervenir ante las autoridades judiciales en defensa de los derechos y garantías fundamentales y para todo ello "podrá interponer las acciones que considere necesarias".

En consecuencia, la Procuradora Delegada para el Menor y la Familia puede solicitar el amparo si considera que unos niños o adolescentes ven afectados sus derechos fundamentales. En el caso de niños minusválidos, desamparados, con mayor razón hay interés de la Procuraduría para solicitar la tutela porque procede agenciando derechos ajenos "cuando el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa" (art. 10 Decreto 2591/91). Dado el carácter informal de la acción, la funcionaria no está obligada a relacionar en la solicitud los nombres de los menores a cuyo nombre actúa, perfectamente puede, como lo hizo, remitirse a un listado que anexa. Pero, esto no es óbice para que, si dentro del juicio surgen nuevos nombres, el amparo también se aplique a esos otros niños aunque no figuren en el listado original. En verdad se protege es a un grupo humano afectado en su totalidad por causas idénticas.

B.- Necesidad de determinar las personas o entidades contra quienes se dirige la tutela

En el presente caso la Procuradora hace una lista de numerosas entidades contra quienes se dirige la acción de tutela. Lo aconsejable sería que hubiera más precisión en la designación del sujeto pasivo de la acción. Pero, le corresponde al juez de tutela definir en la sentencia a quién se le hacen las prevenciones o se dirigen las órdenes y esto fue lo que aconteció porque la parte resolutiva de la sentencia que se revisa solamente señaló condenas contra la Beneficencia de Cundinamarca y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Pasa, entonces, a ser instrascendente la densa enumeración hecha por la petente.

Ahora se formulan unas premisas indispensables para la decisión que se tomará.

C. Seguridad social y mejoramiento de la calidad de vida de la persona

El sistema de seguridad social va íntimamente ligado al derecho a mejorar la calidad de vida de las personas.

La Corte en numerosas oportunidades ha fijado su criterio sobre la seguridad social, particular importancia tiene el análisis que hizó una sentencia de Sala Plena que estudió la constitucionalidad de la Ley 100 de 1993:

"Tal como lo entendieron el Constituyente y el Legislador, la Corte considera en principio, el derecho a la seguridad social como un derecho asistencial o prestacional que la Carta sitúa en su capítulo 2º del título II, de los derechos sociales, económicos y culturales. Se trata de un derecho calificado por el tenor literal de la Carta como de la Segunda Generación; tiene además por su contenido material una naturaleza asistencial o prestacional que no permite su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que, requiere una reglamentación que lo organice y una agencia pública o privada autorizada que le suministre los bienes y servicios que lo hacen realidad. Adicionalmente, un aspecto relacionado con la capacidad fiscal o financiera del ente encargado de la asistencia o prestación, le da a este derecho a la seguridad social un carácter temporo-espacial, reconocido por el constituyente, que en proyecciones sentadas por la propia Carta (art. 48), lo viene a diseñar con una cobertura progresiva que comprenda todos los servicios que, como parte de él, determine la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional en varias salas de revisión de tutelas ha amparado el derecho a la seguridad social, para casos concretos, en la medida en que resulta tan directa su relación con un derecho fundamental, cuya garantía no sería posible, por vía de la tutela, sin la proteccipón de aquél; y, no en razón de que se considerase fundamental de manera general el comentado derecho.

"...

"Sin embargo, debe aclararse que la seguridad social se considera derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.

"...

"...Por tanto, ni el Estado ni la sociedad civil pueden permitir que uno de sus miembros se abandone a la fatalidad de vivir sin las condiciones mínimas de apoyo que se le deben brindar a un ser humano, sobre todo cuando se encuentra, según se ha dicho, en estado de extrema necesidad por su evidente invalidez mental. Este es uno de los avances más notables de la Carta Política, que establece la primacía de la realidad, en el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales sean meros enunciados abstractos. Por el contrario, el espíritu de la Constitución se inspira en la ***efectividad*** *de los derechos fundamentales, pues ellos fundamentan la legitimidad del orden jurídico, por ser esenciales a la dignidad de la persona, fin del orden jurídico universal. Los derechos a la vida y a la salud están en íntima conexión con la efectividad de la seguridad social, ya que todo ser humano tiene derecho a una existencia digna.*

"...

"Cuando una persona padece el ***estado de extrema necesidad****, no se le puede excluir de la protección eficaz a la dignidad personal a que tiene derecho, sino extenderle toda la ayuda posible, incluso otorgarle prelación en la destinación de bienes y servicios, de acuerdo con el artículo 11 superior. Si rige entre nosotros un Estado Social de Derecho, se deben destinar universalmente los bienes y servicios, de suerte que nadie quede excluído de la seguridad social. No puede haber excusa válida para la miseria y el abandono de los asociados. La inspiración social de la Carta Política no es un enunciado abstracto, se repite; es una de las finalidades esenciales del Estado Social de Derecho, y la Corte Constitucional tiene el deber de* ***defender*** *la guarda e integridad de la Constitución. Por ello, para esta Corporación la seguridad social implica la coherencia entre validez y eficacia. De nada sirve a la comunidad que estén consagradas las garantías, si éstas no se* ***realizan****. La perfección significa realización de las finalidades de un ente. Es la realidad la pauta de la perfección (que viene del latín* ***perfectio,*** *realizado)." (Corte Constitucional, sentencia No. T-290 de junio 21 de 1994. M.P. D. Vladimiro Naranjo Mesa).*[1]

Esta protección, respaldada en la Constitución, no puede pasar desapercibida por entidades que por su misma razón de ser están encargadas de prestar seguridad social como son las instituciones de beneficencia.[2] (El artículo 48 de la Carta permite que la seguridad social sea prestada por entidades públicas o privadas).

---

1. Sentencia Nº C-408/94. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

2. Casa de Beneficencia: hospital, asilo, hospicio (Diccionario de la Real Academia). Una casa de beneficencia no puede tener un rostro irracional, carcelario ni macabro.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 8º indica que el sistema de seguridad social integral comprende a la entidades públicas y privadas encargadas entre otras funciones de la SALUD, y, en el artículo 152 se dice:

"Los objetivos del sistema general de seguridad social en salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención".

En el caso de la Beneficencia de Cundinamarca, esta entidad nació durante la vigencia de la Constitución de Rionegro y desde ese entonces se caracteriza por prestar servicio asistencial a las personas menesterosas[3] En el año de 1918 se concretó su función asistencial con la colonia de mendigos que años mas tarde se ubicó en la localidad de Sibaté y allí se destinaron unos pabellones para atender a infantes y adolescentes. Aunque la palabra sea "beneficencia", en realidad se trata de una obligación del Estado, superándose el calificativo de gracia o merced y ubicándose la prestación del servicio dentro del terreno de las obligaciones sociales. Esto es tan importante que la Sala considera que la legitimidad del estado social de derecho radica en su capacidad para resolver los problemas y conflictos sociales desde la perspectiva de la justicia social, inspirada en la dignidad humana.

D.- Prioridad en la inversión para el gasto social

El hecho de que la Beneficencia se sostenga especialmente con fondos provenientes de impuestos directos e indirectos, aportes, donaciones, rentas, obliga a un serio y eficiente manejo de ese gasto público. El Estado y la sociedad no pueden limitarse a ubicar unos niños en un punto geográfico y dejarlos como dicen las monjas que atienden dichos establecimientos "al cuidado de la divina providencia".

El artículo 366 de la Carta Política dice:

"El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable"

"... el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación".

---

3. En 1869 la Asamblea Legislativa de Cundinamarca reglamentó la dirección de los establecimientos de beneficencia y caridad que funcionaban con base en el lazareto. En 1974 se reorganizó la Beneficencia de Cundinamarca como establecimiento público departamental. En 1986 se modificaron sus estatutos.

Esta preferencia que figura en la actual caracterización del Estado Colombiano se funda,

en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general" (art. 1º C.P.).

Para cumplir con el mandato constitucional, instituciones como las Beneficencias deben, en sus presupuestos, tener en cuenta el componente social, lo cual obliga a priorizar el gasto social (que sólo puede ceder ante el evento de una guerra exterior).

Tan es cierto lo anterior que la Constitución determinó que no hay rentas de destinación específica, pero exceptúa "las destinadas para inversión social" (art. 359 CP), y, en el artículo 336 determinó que "las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud". No sobra agregar que el artículo 62 prohibe variar el destino de las donaciones intervivos o testamentarias hechas para fines de interés social, y, es de público conocimiento, que las Beneficencias reciben gran cantidad de donaciones, especialmente en Cundinamarca, bastaría citar como un ejemplo, el cuantioso legado "Samper Madrid".

Significa lo anterior que el gasto público social, por su característica de interés general y su dependencia del principio de solidaridad, debe preferenciarse a los gastos de funcionamiento de un Establecimiento Público cuya FUNCION institucional es:

"dar asistencia pública a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, están física y economicamente incapacitadas" (Acuerdo 0058 de 1986, de la Junta General de la Beneficencia de Cundinamarca, por el cual se modifican los Estatutos de dicha institución).

Ocurre que en la práctica ha sido relegada la real función de la Beneficencia de Cundinamarca.

Consta en el expediente que entre enero y septiembre de 1994 ingresaron a la Beneficencia de Cundinamarca: $12.476'745,334.74.

De ese guarismo se destinaron para los diferentes programas asistenciales: 2.889'183.776,71. Es decir que, para la finalidad de la Beneficencia se apropía menos de la cuarta parte de los ingresos.

Para el albergue La Colonia se destinaron $290'896.720.48, es decir, menos del 3%; aclarándose que en La Colonia no solamente hay niños sino que

albergan 614 enfermos. Este desface presupuestal incide demasiado en la realidad que constató el Tribunal Superior de Cundinamarca.

Esta cifra para asistencia es superada en los egresos por el rubro transferencias que asciende a $4.745'267.103.12 y por gastos diversos de funcionamiento que superan los tres mil millones de pesos como se ve en esta discriminación:

Sindicatura-gerencia	52'818.090,13
Secretaría General	1.058'567.847,05
Oficina Jurídica	70'075.906,07
Sub-gerencia financiera	402'829.525,82
Oficina de planeación	95'263.538,54
Sub-gerencia Bienes y Legados	31'.738.961,76
Provisiones	1.034'577.867,56

Significa lo anterior que la Beneficencia se ha convertido en un fin en si mismo y no en un medio al servicio de la sociedad y ésto contradice el artículo 366 de la Constitución que ordena la solución de las necesidades básicas insatisfechas para lo cual se destina el gasto público social.

Algunas casas de beneficencia han olvidado su razón de ser. Esta distorsión termina siendo la causa de una pésima atención en hospicios, hospitales y asilos.

Si por su naturaleza resulta patético el sitio donde se suelen albergar los dementes, lo será en grado superlativo si la indolencia y el desgreño administrativo llegan al dramatismo palpado en Sibaté. Lo comprobado en esta tutela es un testimonio de hipocresia porque la realidad sub-humana en que se hallan los menores enfermos de la mente constituye un claro-oscuro frente a extensos estatutos y a los fondos que la Beneficencia tiene.

Además este manejo deshumanizado está en contravía de los principios que imperan en el Estado Social de Derecho. El artículo 209 de la C.P. establece:

"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...".

Si un establecimiento público, como es una Beneficencia, incumple con sus obligaciones, y lo que es mas grave, permite que los niños estén en cir-

cunstancias peores a las narradas por Charles Dickens, ofendiendo la majestad de la existencia humana, la sociedad no puede permanecer impasible, la Procuraduría puede y debe tomar la vocería de los desamparados y la justicia tienen la obligación de tutelar con rapidez y energía.

Aunque no se pueda acusar a la Beneficencia de Cundinamarca de pretender dolosamente hacerle daño a los niños, la realidad es que sencillamente se los abandona a su suerte. Esta indiferencia, tan alejada del humanismo, se toma culposa. Al ser esos niños elegidos para su cuidado gratuito, hay que darles todo el apoyo que se pueda, sólo de esta manera se concreta el gasto público social. Solo así las Beneficencias desarrollan la función que realmente les corresponde.

D.- Protección a los menores

El artículo 44 de la Carta Política reconoce como derechos fundamentales de los menores, entre otros, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el cuidado y el amor. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizarle su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos, prevaleciendo los derechos del niño sobre los derechos de los demás. El adolescente también tiene derecho a la protección y a la formación integral (art. 45 C.P.).

Si esos menores son disminuidos físicos, el Estado tiene la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración, dándole la atención que requieran (art. 47 C.P.).

Que ese servicio tienen la característica de gratuito es algo que ya se indica en el artículo 49 de la Carta Política:

"la ley señala los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria".

Además de estas disposiciones constitucionales, están las reconocidas en la Convención Internacional de los Derechos de los Niños promulgada por la ONU el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, y las consagradas en el Estatuto Orgánico del Menor (Decreto 2737 de 1989).

Aunque la Convención sobre los Derechos del Niño fue firmada por 166 países, la verdad es que los niños continúan siendo maltratados, explotados, y aún asesinados, vendidos. Refiriéndose a la Declaratoria de los Derechos del Niños, el Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa ha dicho:

"Desgraciadamente los nobles principios antes enunciados no se cumplen a cabalidad, salvo contadas excepciones, en casi ninguna parte del mundo. En particular en los países del llamado Tercer Mundo, aunque en diferentes

grados, el niño sigue siendo objetos de malos tratos, de abandono, de explotación inhumana, de vejámenes continuos que atentan contra su dignidad.

... Estas normas son frecuentemente violadas y las autoridades se muestran negligentes para hacerlas cumplir, por lo cual el menor sigue estando en muchas latitudes, casi totalmente desprotegido".[4]

Se requiere un cambio real en la manera de actuar respecto a ellos. Especialmente en Colombia donde, como lo dice HUMAN RIGHTS WATCH, "muchos niños están en constante peligro debido a la violencia tolerada y en parte apoyada por instancias oficiales". Es por ello que la mencionada organización exige "más energía en la protección de los niños". De ahí la necesidad de convertir en realidad los derechos constitucionales, legales y de Convención.

Particular mención hay que hacer del artículo 23 de la Convención Internacional antes indicada, que dice:

"2) Los Estados partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3) la atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2) será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios , los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios en forma conducente a que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual en la máxima medida posible".

Como se aprecia, debe buscarse la gratuidad para lograr el desarrollo espiritual y material del infante y, si hay recursos disponibles, la asistencia al niño impedido debe prestarse de la mejor manera posible, buscándose los

4. NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas, quinta edición. Temis 1994. Pág. 480.

objetivos señalados no solamente en la Convención sino en la Constitución y en el Código del Menor.

III. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO:

1. Lo primero que hay que resaltar es el daño ocasionado. La Procuraduría y el Tribunal de Cundinamarca hicieron visitas al albergue "La Colonia" y aportaron pruebas que permiten afirmar:

- Hay desnutrición de los niños. Teóricamente se destina para cada uno $1.100,oo diarios de alimentación. Hay fotografías donde los niños parecieran sobrevivientes de campos de concentración.

- Casi todos los niños estaban descalzos, harapientos, la poca ropa se pudre porque no hay equipo de lavandería.

- Según la Directora, sor Ana Silvia, durante un año la Beneficencia solamente les envió una licuadora, dotación para la cama y toallas, tela para pijamas y 50 cunas con colchones.

Sólo hay una ambulancia para las 5 casas de enfermos en Sibaté y hay dificultad para el suministro de gasolina.

- Las edificaciones están en mal estado, amenazando a quienes allí habitan.

- ,Faltan empleados. Para el albergue La Colonia se requieren por lo menos 30 trabajadores más. Es curioso constatar que se solicita con insistencia el nombramiento de "un jardinero-sepulturero".

- Unos pocos niños permanecen desnudos, los califican de locos que no se dejan vestir.

- Otros viven con permanente camisa de fuerza.

- Todos encerrados durante la noche, con candado, sin ninguna atención, sólo se busca que no escapen; a esto se reduce su estancia y entre tanto deben hacer sus necesidades dentro del mismo dormitorio.

-Hay deficiencia de droga y no se hacen esfuerzos para curar a los menores no obstante que algunos tienen retardo mental moderado.

- Los 2 médicos difícilmente cubren el mínimo de 3 horas diarias y no atienden los fines de semana.

- El neurólogo atiende cuatro horas cada quince días.

- El sicólogo cuatro horas cada ocho días.

- El odontólogo dos horas y media.

- El siquiatra recién está nombrado y va una mañana por semana a atender 630 pacientes.

- Es muy deficiente el servicio de ortopedia.

- En el pabellón de los adolescentes florece el homosexualismo.

- Muy pocos son visitados por sus familiares y lo hacen en promedio tres veces al año. Son niños a quienes se les niega también el amor.

La Directora del albergue La Colonia dice, y lo demuestra con copias de escritos, que en numerosas oportunidades se ha dirigido al Síndico-gerente de la Beneficencia de Cundinamarca para que diera solución a las urgentes necesidades y no hubo respuesta.

Este catálogo de tratos humillantes contra los niños impedidos rompe el alma y es una monstruosidad. Lo menos que se puede hacer es aceptar las justas peticiones que el Ministerio Público reclama, vigilar el cumplimiento de las mismas para que no se convierta en lucro de unos pocos y alertar a la ciudadanía para que tome conciencia de esta situación que no tiene nada que ver con la caridad ni menos con el Estado social de derecho que debe ser el que oriente a Colombia.

Una sociedad en donde los niños tienen que padecer toda clase de sufrimientos con los dientes apretados y en donde el maltrato a los menores, a fuerza de repetirse incesantemente, se convierte en parte de una cotidianidad que se soslayada por casi todos, es una sociedad más enferma que esos niños impedidos que sólo tienen como oficio esperar la muerte en los hospicios de Sibaté.

La Beneficencia de Cundinamarca posee recursos disponibles para dar a los menores impedidos que se albergan en "La Colonia" la atención justa, acorde con los tiempos modernos y sin embargo no se la ha dado.

2.- Ahora es necesario examinar si el descuido en que se hallan los menores de los pabellones "San José" y "Niño Jesús" en Sibaté configura violación a los derechos que el fallo de tutela protegió:

a- La vida (arts. 11, 44 C.P.)

Es indudable que se afecta este derecho en nivel muy alto cuando se maltrata a un menor minusválido encerrándolo por las noches, no dándole el abrigo y los alimentos requeridos, no curándolo ni prestándosele la asistencia para sobrevivir.

Además, es indigno no darles a esos niños un mínimo sentido de vida y mantenerlos, por el contrario, en un desesperante vació existencial.

b- Integridad física (arts. 12, 44 C.P.)

Encerrar bajo llave unos niños, sin posibilidad si quiera de acudir a los servicios sanitarios, es un trato degradante; como lo es también mantener el hacinamiento que fomenta el homosexualismo y en instalaciones locativas más que precarias.

Además, es un trato cruel someter a niños de escasa edad al hambre y la camisa de fuerza.

Es inhumano que niños y adolescentes estén condenados a sobrevivir como animales, descalzos, siempre desnutridos, a veces desnudos.

c- Salud (arts. 49-44 C.P.)

Son motivo de tutela niños afectados en mayor o menor grado por enfermedades mentales, ellos tienen derecho a curación, luego no es justo que la asistencia médica y los medicamentos se les reduzca a la más mínima expresión. Y como esto último ocurre, es patente la violación del derecho a la salud.

d- Alimentación equilibrada (art. 44 C.P.)

Es este un derecho fundamental establecido en la norma citada, a él tienen derecho los niños, y, en el caso de la presente tutela está plenamente demostrada la desnutrición de la totalidad de los infantes ubicados en "La Colonia" de Sibaté.

f- Cuidado (arts. 44, 45, 47 C.P.)

Salta a la vista la desidia de la Beneficencia respecto a la protección que requieren los niños y los adolescentes. Los hechos relatados en esta sentencia son estremecedores. Es obligación de la entidad que presta el servicio asistencial tomar todas las medidas necesarias para superar las omisiones y hacer que los niños mental y físicamente impedidos reciban cuidado, educación y alimento, buscando, en lo posible, lograr su autosuficiencia e integración a la sociedad.

Hay que recordar que el artículo 44 de la C.P. habla de "CUIDADO Y AMOR". Olvidados como están los niños de "La Colonia", le corresponderá también al ICBF colaborar en la búsqueda de un contorno humano para superar tan terrible aislamiento.

g) Educación (art. 68 C.P.)

La educación de las personas con limitación física o mental es obligación especial del Estado. Y si tales personas han sido ubicadas en una casa de beneficencia, corresponde a ésta tal responsabilidad y si no lo hace, como ha ocurrido en el presente caso, viola el derecho fundamental a la educación.

h) Recreación (arts. 44 y 52 C.P.)

La recreación es una facultad inherente al ser humano, aún a los afectados mentalmente. Aunque sus enfermedades algunas veces no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia, de todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar la recreación. Para ello se requiere que en el albergue haya elementos materiales y funcionales que humanicen el tratamiento, y, en el caso de estudio, pasa todo lo contrario: hay un sistema organizativo que aumenta la desesperación y la locura.

Estos derechos fundamentales se han violado en el presente caso. Es un atentado a la dignidad humana. Es tan grave la violación que frente a ella es poco lo que han podido hacer la dedicación, la caridad, la teología pastoral de las monjas que con ejemplar empeño atienden a esos niños enfermos y abandonados. Hay un contraste abismal entre las labores silenciosas, abnegadas y llenas de sacrificio de las hermanas de la caridad y el descuido y la indolencia de la Beneficencia.

3. Ante las comprobadas violaciones de los derechos fundamentales, la Procuraduría centró sus peticiones en dos aspectos:

-Que la Beneficencia brinde a los menores la atención acorde con una vida digna, lo cual implica realizar obras, adquirir elementos y contratos de personal.

- Que, entre tanto, se reubique a los menores en otras instituciones públicas o privadas.

El Tribunal como mecanismo transitorio, ordenó la reubicación y circunscribió al albergue "La Colonia" de Sibaté la necesidad de "realizar las obras necesarias para la adecuación de los pabellones Divino Niño y San José... en sus aspectos físicos, administrativos, dotación de los elementos necesarios

para el bienestar de los menores y la destinación del personal científico (médico y paramédico) y administrativo indispensable para la correcta atención de los pacientes allá ubicados". Para la realización de las obras se otorgó a la Beneficencia un plazo de 90 días que ya precluyeron.

Los menores fueron transitoriamente reubicados en otra dependencia de la Beneficencia, el Instituto Campestre de Sibaté, pero se ha informado a la Corte Constitucional, que hay que desalojarlos de allí porque se inicia el período lectivo de los tradicionales alumnos de tal instituto.

En cuanto a las obras, la Beneficencia optó por mandar construir una edificación para lo cual abrió la respectiva licitación. Se celebró un contrato por mas de 600 millones de pesos, lo cual demuestra que la Beneficencia sí puede mejorar la atención de los niños enfermos.

Hay que advertir que las obras y actuaciones impetradas por la Procuraduría no convierten al Juez de Tutela en coadministrador ya que se pide la protección de derechos constitucionales fundamentales en un ámbito operacional presupuestalmente posible y puesto que se le está exigiendo a una institución de beneficencia el cumplimiento de sus funciones para evitar la violación de los derechos que se mencionan en el petitorio y en el fallo.

No obstante que la Sala de Revisión comparte el enfoque dado por la Sala de Familia del Tribunal de Cundinamarca, se requiere hacer algunas modificaciones a la parte resolutiva:

a.) Se confirmará el numeral primero que tuteló los derechos fundamentales impetrados en la solicitud de la Procuraduría, pero, este amparo no es únicamente para los menores que figuran en la lista, sino para el grupo humano que se encontraba en los pabellones " 'Divino Niño' y 'San José'" en el momento de proferirse la sentencia el 27 de septiembre de 1994.

b.) Se confirmará la orden dada a la Beneficencia en el numeral segundo, pero se aumenta el plazo a los 180 días solicitados por tal institución, en razón de que es tiempo razonable para que terminen la nueva construcción y se dote adecuadamente al albergue La Colonia para que cumpla con eficacia, eficiencia y humanismo el tratamiento de los menores allí ubicados. Se subentiende que el plazo comienza a contarse a partir de la fecha del fallo de primera instancia.

c.) Se confirmarán los numerales tercero, cuarto, quinto y séptimo sin modificaciones.

d.) En cuanto al numeral sexto que traslada a la Procuraduría el seguimiento de las decisiones tomadas en la sentencia, se aclara que mientras no

esté restablecido el derecho, el juzgador de primera instancia mantiene la competencia (art. 27 Decreto 2591/91) para vigilar el cumplimiento de la decisión, tramitando si llegare a ser necesario, incidente de desacato y aún pidiendo sanciones penales (arts 52 y 53, Decreto 2591 de 1991), luego el seguimiento corresponde legalmente a quien conoció de la acción de tutela; y, a la Procuraduría, según el artículo 277, numeral 1° de la Constitución, se atribuye la vigilancia del cumplimiento de las decisiones judiciales. Entonces, la orden del numeral 6° restringe una etapa muy importante: la del seguimiento de las decisiones, luego debe revocarse, lo cual implica que, sin necesitarse orden expresa, el Juez de Tutela y la Procuraduría cumplirán sus funciones.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, proferida el 27 de septiembre de 1994 en la acción de tutela de la referencia, con la aclaración de que la tutela ampara al grupo humano de los menores que se hallaban en el albergue "La Colonia" de Sibaté en la fecha en que se profirió el fallo de primera instancia.

Segundo: CONFIRMAR el numeral segundo de la aludida sentencia, adicionándose a 180 días calendario el plazo de cumplimiento, los cuales se contarán a partir del 27 de septiembre de 1994.

Tercero: CONFIRMAR los numerales tercero, cuarto, quinto y séptimo de la sentencia que se revisa.

Cuarto: REVOCAR el numeral sexto por las razones indicadas en la parte resolutiva del presente fallo.

Quinto: ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación se comunique esta providencia a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca para las notificaciones y efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Sexto: Envíese copia de esta sentencia al Defensor del Pueblo, a la Beneficencia de Cundinamarca, a la Contraloría de Cundinamarca, a la Procuraduría General de la Nación y al I.C.B.F.

Notifíquese, comuníquese y 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-050
de febrero 15 de 1995

DERECHO DE PETICION - Motivos de interés particular /
SUSTITUCION PENSIONAL - Respuesta de
la Administración / **CAJANAL**

El derecho de petición, siempre que se eleve respetuosamente, también puede presentarse por motivos de interés particular y que la esencia del derecho es la de la garantía jurídica superior de que se dará respuesta y resolución pronta a la persona que lo ejerza; en este sentido, es posible que en ejercicio del citado derecho constitucional fundamental de petición, se reclame otro derecho o un interés particular de rango diferente, o que se pida un objeto o se plantee una causa que debe ser atendida por otras vías, por otros procedimientos o ante otros estrados, pero lo cierto es que si se plantea una petición en la modalidad de esta vía de orden inicialmente administrativo, ella debe ser resuelta como corresponda, guardando los limites y las precisas competencias establecidas, pero siempre en forma pronta.

COMPETENCIA DE TUTELA - Entidad Nacional

Si bien es cierto que, según el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, son competentes para conocer de la acción de tutela de primera instancia, 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, no es menos cierto que CAJANAL es una entidad estatal que ejerce autoridad en todo el territorio, a través de sus seccionales, lo que no quiere decir que su personalidad jurídica pierda su unidad; por lo contrario, lo que se pretende con su organización en el territorio con descentralización y con desconcentración de funciones, no es otro fin que el de ofrecer una mejor prestación del servicio público. Así, en cualquier parte del territorio colombiano se pueden demandar los actos u omisiones de esta entidad, que se consideren violatorios de alguno de los derechos fundamentales.

T-050/95

TUTELA CONTRA AUTORIDAD PUBLICA POR OMISION

Para la Corte aparece suficientemente documentada la omisión de la autoridad administrativa que causa el agravio proscrito por la Constitución, y por ello debe tutelarse el derecho constitucional de petición que se reclama, y no acceder a las demás reclamaciones planteadas.

Ref.: Expediente No. T-47642

Peticionario: Olga Beleño de Pacheco

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala de Revisión de tutelas, integrada por los H. Magistrados Jorge Arango Mejia, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, 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 Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla el diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994) y por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, el cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), previos los siguientes,

I. ANTECEDENTES

A. La Petición

1o. El 9 de agosto de 1994, la señora Olga Beleño de Pacheco, presentó ante el Juzgado Laboral del Circuito de Barranquilla, un escrito mediante el cual ejerce la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución, para que le sea concedido el amparo judicial de los derechos de petición, al trabajo, y al pago oportuno y al reajuste de las pensiones legales, consagrados en los artículos 23, 25 y 53 inciso 2o. de la Carta Política, pues considera que han sido vulnerados por la omisión de la Caja Nacional de Previsión, consistente en no dar respuesta a la solicitud de sustitución pensional que presentó el 20 de enero de 1992.

En este sentido, pretende que se ordene a la Caja Nacional de Previsión resolver la petición, reconociendo la sustitución pensional e incluyéndola en nómina de pensionados.

2. Los fundamentos de hecho y de derecho que la peticionaria señala como causa de la acción interpuesta se resumen así:

a. Indica la peticionaria que solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución de pensión a que tiene derecho como esposa del causante Hermes Emilio Pacheco Romero, el 20 de enero de 1992.

b. Afirma que la Doctora Ruth Duque de Torrenegra, personalmente se ha dirigido a la Caja Nacional de Previsión en Santafé de Bogotá, solicitando se pronuncien sobre la petición y luego de diversas conversaciones telefónicas con diferentes jefes de sección en las que expuso la situación económica de su poderdante, le informaron que siendo un caso especial, en el transcurso de un mes se resolvería, y este venció el 15 de julio de 1994, sin que se haya resuelto la petición.

c. Sostiene que existe negligencia por parte de los funcionarios de la Caja Nacional de Previsión para reconocer el derecho solicitado.

B. La primera instancia

Previo el análisis de la documentación aportada, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, en sentencia del diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), resolvió:

"Primero. Tutelar el derecho de petición, de oficio, como resultado de la acción de tutela incoada por la señora Olga Beleño de Pacheco, contra la Caja Nacional de Previsión Social.

" Segundo: Ordenar al Jefe de prestaciones económicas de la Caja Nacional de previsión Social en Santafé de Bogotá, que en el término de 15 días hábiles resuelva sobre la petición de sustitución de pensión de invalidez, presentada por la señora Olga Beleño de Pacheco, como esposa del pensionado fallecido señor Hermes Pacheco Romero, en su defecto lo hará el Subdirector de prestaciones económicas.

"Tercero: No tutelar el derecho al trabajo invocado por la accionante Olga Beleño de Pacheco, por los motivos expuestos en esta providencia".

Lo anterior aparece fundamentado en las consideraciones que se resumen a continuación:

a. Indica que de acuerdo con las pruebas aportadas se estableció que la señora Olga Beleño de Pacheco, presentó reclamación ante la Caja Nacional de Previsión Social, en orden a obtener la sustitución de la pensión de la cual disfrutaba Hermes Emilio Pacheco Romero, petición presentada en enero de 1992, que el Gerente de la Seccional Atlántico remitió por oficio 013 de enero 29 de 1992 al Jefe de la Receptoría de expedientes en Santafé de Bogotá, sin que hasta el momento se hubiera obtenido respuesta, lo que

constituye violación al derecho fundamental de petición, pues "el tiempo de dos años y siete meses transcurridos, es más que suficiente para que se hubiera atendido el ruego y porque no la posible justa reclamación de la accionante".

b. Sostiene que no es procedente la tutela del derecho al trabajo, porque en caso de que se niegue la sustitución pensional se cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como lo es acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa. Así mismo, para lograr el pago de dicha pensión, puede acudir al proceso ejecutivo laboral.

C. La impugnación

Mediante escrito presentado el día 24 de agosto de 1994, la Doctora Martha Luz Andrade Arévalo, apoderada de la Caja Nacional de Previsión Social, Seccional Atlántico, impugnó la decisión proferida por el Juzgado Octavo laboral del Circuito Circuito de Barranquilla, de fecha 19 de agosto de 1994. Los fundamentos de la impugnación se resumen así:

- Afirma la impugnante que de acuerdo con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, "es competente para conocer en primera instancia de la acción de tutela, a prevención de los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud". En este sentido, sostiene que la Caja Nacional de Previsión Social "es un establecimiento público adscrito al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, con sede en Santafé de Bogotá, desde donde se resuelven todas las situaciones presentadas por sus afiliados y beneficiarios de todo el país, si en algún momento dado no se resuelve la situación o solicitud pensional de algún afiliado, este silencio administrativo que ocasionare un perjuicio, se estaría cometiendo en la ciudad de Santafé de Bogotá, pues allí es donde radica CAJANAL", es decir, que si la violación se ocasionó en Santafé de Bogotá, es en esta ciudad donde debe ejercerse la respectiva acción de tutela y no en Barranquilla.

D. La sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, mediante sentencia de septiembre cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994) resolvió revocar el fallo de diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, y en su lugar la declara inadmisible por falta de jurisdicción, la acción de tutela de la referencia, con base en los siguientes fundamentos:

a. La acción se encuentra dirigida a que se reconozca la sustitución pensional, lo que debe hacerse en la ciudad de Santafé de Bogotá, "por tanto, es en esa ciudad donde se presenta la violación, tanto es así, que el juez del conocimiento ordenó a un funcionario de la Caja de Previsión Social Nacional de esta ciudad, resolver la petición correspondiente".

b. Así pues, concluye que tanto el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla como esa Corporación carecen de jurisdicción para conocer de la acción de tutela interpuesta, "no quedando otra alternativa que la de rechazar la presente acción y en virtud de lo dispuesto en el artículo 4o. del Decreto 306 de 1992, remitimos al artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que cuando el juez carece de jurisdicción se rechazará de plano la demanda".

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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 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 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

1o. En primer término, y sobre la vulneración del derecho constitucional de petición, encuentra la Sala que efectivamente este derecho fue conculcado por la Caja Nacional de Previsión Social, como lo pudo determinar con claridad el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, como quiera que consta debidamente documentada la presentación de la solicitud por parte de la peticionaria ante la Caja Nacional de Previsión Social, Seccional Atlántico, el 20 de enero de 1992, y que esta fue enviada por dicha seccional a la sede principal de la entidad en Santafé de Bogotá para el respectivo estudio, y que según declaración del coordinador de prestaciones económicas de la Seccional Atlántico al Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, aun no se había recibido resolución en el fondo sobre lo pedido en el respectivo escrito, lo que se traduce en la violación del derecho de petición, que comprende el deber correlativo de las autoridades de proferir pronta resolución, máxime si se constató que han transcurrido más de dos años desde la presentación de la solicitud de la sustitución pensional.

Sobre el alcance de la expresión "pronta resolución", esta Corporación ha manifestado:

"a) Su pronta resolución hace verdaderamente efectivo el derecho de petición.

b) Es una obligación inexcusable del Estado resolver prontamente las peticiones presentadas por los ciudadanos.

c) Unicamente la ley puede fijar los términos para que las autoridades resuelvan prontamente las peticiones. Ello se desprende del carácter constitucional y fundamental que tiene este derecho.

d) Cuando se habla de 'pronta resolución' quiere decir que el Estado está obligado a resolver la petición, no simplemente a expedir constancias de que la recibió. Sin embargo, el sentido de la decisión dependerá de las circunstancias de cada caso, y , en esa medida, podrá ser positiva o negativa. La obligación del Estado no es acceder a la petición, sino resolverla". (Sentencia T-495 de 1992).

Por esta razón, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, que resolvió tutelar el derecho de petición, ordenando al Jefe de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, resolver la solicitud de sustitución pensional en el término de quince días.

Desde luego, tampoco se ha resuelto en concreto sobre la sustitución de la pensión de jubilación correspondiente a la peticionaria por parte de la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social - Santafé de Bogotá, lo cual no deja de hacer más grave la violación del derecho de petición, puesto que está comprometido otro tipo de derechos como los sociales y económicos, que pueden conducir por su reiterado y prolongado desconocimiento, a generar otros agravios a los derechos de la peticionaria.

Es claro que, no obstante algunas deficiencias en la presentación de la petición de tutela, ellas no habilitan en todo caso para despachar de esta forma lo reclamado ni para desconocer que entre las varias pretensiones de tutela contenidas en la demanda, se encuentra una que es la del reclamo de la protección del derecho constitucional fundamental de petición, y que esta acción que emanada directamente de la Constitución, es preferente ante cualquier defecto o confusión no sustancial en que pueda incurrir el accionante.

De una parte es cierto que, en general, en caso de inconformidad sobre el contenido o el monto de lo resuelto positivamente por la administración en-

cargada de la definición de su derecho, o de la negativa del mismo derecho, sea por vía expresa o tácita y presunta, el interesado, titular o su derecho habiente, debe acudir a los jueces competentes por las vías judiciales ordinarias; ya que la raclamación objetiva y las pretensiones subjetivas no alcanzan el rango suficiente para incorporarse directamente en el reclamo judicial por la vía de la tutela.

Empero, en el asunto que se revisa, es claro que la peticionaria apenas reclama que se le resuelva sobre la sustitución pensional y que no manifiesta reclamo alguno ni sobre su contenido ni sobre su alcance y monto, y, de otra, también es cierto que lo reclamado por vía de tutela en este caso, es que se resuelva en el fondo la petición elevada ante la administración, en al forma exigida por el artículo 23, y que lo sea en modo positivo o negativo.

Obsérvese que el derecho de petición, siempre que se eleve respetuosamente, también puede presentarse por motivos de interés particular y que la esencia del derecho es la de la garantía jurídica superior de que se dará respuesta y resolución pronta a la persona que lo ejerza; en este sentido, es posible que en ejercicio del citado derecho constitucional fundamental de petición, se reclame otro derecho o un interés particular de rango diferente, o que se pida un objeto o se plantee una causa que debe ser atendida por otras vías, por otros procedimientos o ante otros estrados, pero lo cierto es que si se plantea una petición en la modalidad de esta vía de orden inicialmente administrativo, ella debe ser resuelta como corresponda, guardando los limites y las precisas competencias establecidas, pero siempre en forma pronta.

2o. De otra parte, se observa que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla interpretó erróneamente la regla de competencia plasmada en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 e incurrió en un defecto sustancial en el entendimiento de las disposiciones que regulan esta vía judicial directa de protección de los derechos constitucionales y de la demanda de tutela, al rechazarla de plano por la supuesta falta de jurisdicción.

Por ello es que al Tribunal no le asiste razón alguna en este caso, ni resulta admisible que, como la Caja Nacional de Previsión Social tiene su sede principal en Santafé de Bogotá, y lo reclamado judicialmente por esta vía es la definición de la sustitución en la pensión, sea en esta ciudad en donde se presenta la violación, y por ende los jueces competentes para conocer sobre la acción de tutela, son los de esta ciudad y no los de Barranquilla.

Si bien es cierto que, según el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, son competentes para conocer de la acción de tutela de primera instancia, 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,

no es menos cierto que la Caja Nacional de Previsión Social es una entidad estatal que ejerce autoridad en todo el territorio, a través de sus seccionales, lo que no quiere decir que su personalidad jurídica pierda su unidad; por lo contrario, lo que se pretende con su organización en el territorio con descentralización y con desconcentración de funciones, no es otro fin que el de ofrecer una mejor prestación del servicio público.

Así, en cualquier parte del territorio colombiano se pueden demandar los actos u omisiones de esta entidad, que se consideren violatorios de alguno de los derechos fundamentales.

Ahora bien, sobre la regla de competencia establecida en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, la Corte ha puntualizado lo siguiente:

Sin embargo, no siempre se define esa competencia por el sitio en el que físicamente acontecieron los hechos, pues no es lo mismo hablar del acto o de la omisión de una autoridad local, en cuanto a asuntos cuyos efectos apenas se proyecten en la localidad, que referirse a la actuación de un funcionario u organismo que, pese a tener su sede en un determinado lugar por ejemplo, la capital de la República y de llevar a cabo sus actos allí ejerce autoridad en todo el territorio nacional." (Sentencia T-574 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández).

En el caso sometido a revisión, se establece que la peticionaria elevó una solicitud ante la Caja Nacional de Previsión Social-Seccional Atlántico-, el 20 de enero de 1992, con el fin de que se reconociera la sustitución pensional, empero, la oficina seccional Atlántico envió la documentación a la sede principal, porque es donde se resuelven ese tipo de peticiones, pero ello no significa que la ciudad de Santafé de Bogotá sea el lugar donde de deba demandar la omisión, porque como se anotó anteriormente, dicha entidad ejerce autoridad en todo el territorio nacional.

Así las cosas, para la Corte aparece suficientemente documentada la omisión de la autoridad administrativa que causa el agravio proscrito por la Constitución, y por ello debe tutelarse el derecho constitucional de petición que se reclama, y no acceder a las demás reclamaciones planteadas, tal y como en su oportunidad lo ordenó el juez de primera instancia.

No debió entonces el Tribunal Superior de Barranquilla -Sala Laboral- declarar inadmisible la acción de tutela por falta de jurisdicción; por el contrario, debió confirmar el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla que resolvió de fondo la acción de tutela concediendo el amparo del derecho de petición.

Extraña a esta Corporación la interpretación que dió el Tribunal Superior de Distrito de Barranquilla -Sala Laboral-, al artículo 37 del Decreto 2591, pues según la misma, se caería en el absurdo de que quien pretende interponer la acción de tutela contra actuaciones u omisiones de un ente de carácter nacional, con sede principal en la capital de la República, tuviera que obligatoriamente presentar la solicitud de tutela en Santafé de Bogotá.

La Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Revocar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, el día cinco (5) de septiembre de 1994.

Segundo. Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral de Barranquilla, el día diecinueve (19) de agosto de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Comuníquese al Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla la presente decisión para que sea notificada a las partes conforme lo dispone el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. SU-056
de febrero 16 de 1995

DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo intimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o por que han trascendido al dominio de la opinión pública.

DERECHO AL BUEN NOMBRE

El derecho al buen nombre es esencialmente un derecho de valor porque se construye por el merecimiento de la aceptación social, esto es, gira alrededor de la conducta que observe la persona en su desempeño dentro de la sociedad. La persona es juzgada por la sociedad que la rodea, la cual evalúa su comportamiento y sus actuaciones de acuerdo con unos patrones de admisión de conductas en el medio social y al calificar aquellos reconoce su proceder honesto y correcto. Por lo tanto, no es posible reclamar la protección al buen nombre cuando el comportamiento de la persona no le permite a los asociados considerarla como digna o acreedora de un buen concepto o estimación.

DERECHO A LA INFORMACION

El derecho a la información expresa la propensión innata del hombre hacia el conocimiento de los seres humanos con los cuales se interrelaciona y de su

entorno físico, social, cultural y económico, lo cual le permite reflexionar, razonar sobre la realidad, adquirir experiencias, e incluso transmitir a terceros la información y el conocimiento recibidos.

LIBERTAD DE EXPRESION - Autor de libro

La libertad de expresión tiene una concreción y manifestación efectivas en el derecho que tiene toda persona de plasmar en libros la narración de sus experiencias, concepciones intelectuales y creaciones espirituales que pueden asumir la forma de obras literarias, artísticas, científicas y técnicas, y difundirlos o darlos a la publicidad. En consecuencia, el autor de un libro tiene el derecho a que su obra sea conocida, difundida y reproducida en condiciones que garanticen el respeto de los derechos de su creación intelectual.

LIBERTAD DE INFORMACION - Exigencias /
LIBERTAD DE EXPRESION

En lo que concierne con la libertad de expresión que no se materializa o no tiene por objeto informar, sino recrear en una obra literaria, gráfica, plástica o fílmica, hechos o situaciones reales o inmaginarios, no es procedente sujetarla a las exigencias impuestas a la libertad de información, como son el atenerse a la verdad e imparcialidad de la noticia, lo cual no significa que el artista -escritor, periodista, caricaturista, pintor, director- pueda desconocer impunemente los derechos fundamentales de terceras personas, en particular sus derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre.

RECTIFICACION DE INFORMACION - Carga de la prueba /
PRESUNCION DE BUENA FE DEL PERIODISTA

La libertad de información, como se dijo antes, no es absoluta, porque ella apareja responsabilidades y deberes sociales; la información y la noticia deben ser veraces e imparciales, es decir, guardar conformidad con los hechos o acontecimientos relatados; en tal virtud, cuando ello no suceda el afectado podrá solicitar la rectificación de la información inexacta o falsa. No obstante, al presunto afectado con la información es a quien le corresponde aportar las pruebas de que las publicaciones realizadas no son veraces, no son exactas y por lo tanto, no corresponden a la realidad o distorsionan los hechos. No es al medio informativo responsable de la información a quien le corresponde probar que está diciendo la verdad, pues de conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política se parte de la base de que ésta es imparcial y de buena fe. De ahí, que esta norma consagre el principio de la responsabilidad social de los medios de comunicación y prohiba la censura.

SU-056/95

SECRETO PROFESIONAL DEL PERIODISTA

Con respecto al periodista, su secreto profesional esta regulado por el artículo 11 de la Ley 51 de 1975. Esta norma habilita al periodista para realizar su actividad informativa con la mayor libertad de acción, aunque responsablemente, pues compeler al periodista a revelar la fuente de su información, conduce a limitar el acceso a los hechos noticiosos, porque quien conoce los hechos desea naturalmente permanecer anónimo, cubierto de cualquier represalia en su contra. Es obvio, que no es sólo el interés particular sino el interés social el que sirve de sustento a la figura del secreto profesional del periodista; su actividad requiere por consiguiente de la confianza que en él depositan los miembros de la comunidad quienes le suministran la información que debe ser difundida en beneficio de la sociedad. Naturalmente, el periodista no es ajeno a las responsabilidades de orden civil y penal a que esta sujeto y que se le pueden exigir, cuando incurra en afirmaciones inexactas, calumniosas o injuriosas.

LIBRO - Creación literaria / **RECTIFICACION DE INFORMACION**-Improcedencia / **DERECHO DE AUTOR** - Intangibilidad de la obra / **CENSURA**-Prohibición

No puede ser modificado por una autoridad pública o un particular. En tales condiciones, no es jurídicamente admisible que se pueda solicitar por algún interesado la rectificación o corrección de su contenido, a través del ejercicio de la acción de tutela, salvo que so pretexto de la creación literaria o artística el autor consigne en el libro, total o parcialmente, una información que no sea veraz e imparcial, o que no obstante reunir estas características afecte la intimidad u otro derecho fundamental; en tal virtud, la intangibilidad de la obra, si revela datos personales no susceptibles de ser conocidos de otro modo, se desvanece si ella afecta dichos derechos. El libro que es objeto de censura a través de las acciones de tutela, aun cuando podría afirmarse que utiliza en esencia el género testimonio periodístico, es una obra literaria que no se puede asimilar a una noticia, razón por la cual no es viable introducir modificaciones a su contenido narrativo, porque autorizarlas implicaría desnaturalizar la esencia material de la obra, aparte de que convertiría al juez de tutela en un crítico de la creación intelectual de la misma, lo cual, por ser una cuestión metajurídica rebasa obviamente su competencia. Además, es posible que las ordenes del juez al autor de la obra para que cambie aspectos esenciales de su contenido sean de imposible cumplimiento, porque obligarían al escritor a reescribir su obra no conforme a su libre expresión, sino acorde con la del juzgador.

LIBRO "LA BRUJA" / DERECHO A LA INTIMIDAD - Personajes Públicos

Si el escritor y periodista demandado, como consta en el proceso, no ha realizado actos intencionados tendientes a obtener dolosamente la información para su obra literaria y si las demandantes tienen la cualidad de personas cuyas actuaciones son del dominio público del medio en donde ocurrieron los hechos, el concepto de vida privada con respecto a ellas se relativiza y se integra al de la vida pública. No existió vulneración de la intimidad personal y familiar y el buen nombre de las peticionarias, porque no se ha establecido que la obtención del material informativo plasmado en el libro hubiera sido el resultado de una intromisión intencionada y dolosa en la vida íntima de las peticionarias, mediante actos concretos que así lo determinen, tales como entradas clandestinas a recintos o sitios privados, violación de correspondencia o intercepción de teléfonos y comunicaciones.

Ref.: Expedientes T-40754 y T-44219.

Procedencia: Salas Civil y Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

Tema: Intangibilidad de las obras literarias. Derecho a la intimidad y al buen nombre presuntamente vulnerado en razón de la publicación del libro "La Bruja, Coca, Política y Demonio"

Peticionarios: Rosmery Montoya Salazar, Margarita Vásquez Arango y Libia González de Fonnegra.

Demandados: Germán Castro Caycedo, Lucrecia Gaviria Diez y Editorial Planeta.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Santafé de Bogotá D. C., febrero diez y seis (16) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, revisa los procesos acumulados correspondientes a las acciones de tutela T-40754 y T-44219 ejercidas por Rosmery Montoya Salazar, Margarita Vélez Arango y Libia González de Fonnegra, respectivamente.

Es de observarse, que conforme a lo ordenado por la Sala de Selección N$^{O.}$ tres (3) y según informe de la Secretaría de esta Corporación, el proceso de tutela T-44219 fue acumulado al proceso T-40754.

I. ANTECEDENTES.

1. Expediente T-40754.

a). Los hechos.

Rosmery Montoya Salazar, instauró acción de tutela contra Germán Castro Caycedo, Lucrecia Gaviria Díez y Editorial Planeta Colombiana S.A. , con el objeto de que se le protejan sus derechos "de la privacidad, buen nombre e integridad moral", pues considera que estos le han sido vulnerados por la actuación de aquéllos; según se deduce de los siguientes hechos que expuso en el escrito que contiene la petición del amparo, así:

"Concretamente es que el señor Germán Castro Caycedo lanzó al mercado el libro "La Bruja" en el cual involucra a personas de Fredonia y en ese libro está involucrada mi mamá en forma muy descarnada y sin autorización de ella ni de nosotras como hijas. En el libro dice que mi mamá vino a Fredonia al barrio aquél, o sea a la zona de tolerancia y que después de retirarse del barrio, siguió bailándole al barrio en la cara; mi mamá se llama Domitila, dice en el libro que una mujer que no conoció peine ni peinilla, la casa era llena de pencas y las escaleras del segundo piso llenas de sapos".

En cuanto a la razón por la cual también ejerce la tutela contra Lucrecia Gaviria Díez, señala que ésta es la persona que dio la información a Castro, la cual "se cobija bajo el nombre de Amanda Londoño, ella trabaja en la Gobernación de Medellín, pero la familia es de acá y me di cuenta por todo lo que dice en el libro". Y en relación al motivo por el que la madre de la accionante no interpuso acción de tutela, manifiesta que "en este momento se encuentra muy enferma, tiene trombosis cerebral y no puede hablar, pero está acá en Fredonia, vivimos frente al Banco".

b). Los fallos de tutela

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Fredonia tuteló el derecho a la intimidad personal de la señora Domitila Salazar de Montoya y de su familia y al buen nombre, para lo cual ordenó al demandado abstenerse de comercializar en todas sus ediciones su libro "La Bruja" que aparezca en sus páginas 29 y 30 de los textos alusivos a la señora Domitila -la de Gabrielmontoya...", cuyo ejemplar hace parte de estas diligencias, y proceder a la supresión de tal texto en ediciones futuras o cambiar el nombre por uno ficticio; igualmente, ordenó a la Editorial Planeta Colombiana S.A. abstenerse de comercializar la citada obra, lo cual se debe cumplir, en lo posible, dentro del término de 48 horas. Además se condenó in genere al escritor Germán Castro Caycedo accionado al pago de perjuicios de índole moral en favor de la señora Domitila Salazar de Montoya y su familia; finalmente, en razón a que el acervo probatorio no da muestra de la participación de Lucrecia Gaviria Díez en la violación de los derechos fundamentales cuya tutela se invoca, se decidió excluirla de la resolución de amparo.

Para adoptar la aludida decisión se hicieron, entre otras, las siguientes consideraciones:

"Pero el medio de convicción que hace parte de estas diligencias y con capacidad de probar los asertos de la accionante Rosmery Montoya Salazar, siendo el punto axial del debate, lo es el propio libro intitulado "La Bruja" y como subtítulo "Coca, Política y Demonio", en el que en sus páginas 29 y 30 aparece de una manera concreta y vertical asentada la censura a la progenitora de la accionante Montoya Salazar, plenamente identificable como "Domitila- la de Gabrielmontoya", persona ampliamente conocida en Fredonia y de cuya existencia actual no existe dubitación alguna".

"Y es así porque el primordial elemento probatorio, esto es, el libro, traspasa los límites de la intimidad cuando sin celo alguno hace descarnadas críticas que en realidad de verdad, afectan fundamentales derechos; y es que la citada obra en general bien se le puede calificar como medio de comunicación y es aceptado jurisprudencialmente que estos -los medios de comunicación- no pueden invocar el derecho a la información para invadir la esfera inalienable de las situaciones y circunstancias que son intimas de la persona y de sus allegados y que hacen parte de la privacidad a la que todo individuo y todo núcleo familiar tienen derecho".

"Es cierto que el Estado garantiza la libertad de prensa y la libertad de información, los consagra el artículo 73 de la Constitución Nacional, pero imponiéndoles límites cuando toquen el ejercicio de los derechos individuales. La libertad de prensa y aquí comprende la libertad del escritor para publicar sus obras, debe ser una garantía para la preservación de los demás altos valores familiares y culturales, y no un instrumento de su vulneración; de ahí que el periodista y el escritor en ejercicio de esa libertad presente al público una información no sólo dentro del marco jurídico sino también y muy principalmente, dentro de un marco ético".

La Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia en fallo del 31 de mayo de 1994 confirmó la sentencia impugnada, pero revocó sus numerales 2°, 3° y 4° y, en su lugar, dispuso que el escritor Germán Castro Caycedo recoja las dos primeras ediciones de su libro "La Bruja". Igualmente ordenó que en futuras ediciones obre como lo hizo en la tercera, cambiando Domitila por Filomena y Gabriel Montoya por Gilberto Hoyos, anotando que no hay lugar a la condena por perjuicios morales contra el señor Castro Caycedo. Para disponer lo anterior, adujo, entre otras consideraciones, las siguientes:

"Estamos, al sentir de esta Sala, en la hipótesis del numeral 9° del art. 42, porque la solicitud se encamina a tutelar la integridad de la familia Montoya Salazar, afectada con la divulgación de asuntos propios de su vida privada, de quien se encuentra en condiciones de absoluta superioridad, por ejercer el gran poder del periodismo. Recordemos aquí que nuestra Corte Constitucional declaró inexequible el aparte "la vida o la integridad de", del numeral 9° del art. 42 que venimos mencionando".

"Para esta Sala, el accionado en su libro "La Bruja" desarrolló el género periodístico que lo caracteriza, un reportaje, pues se trata de una información descriptiva, adornada con el estilo periodístico del autor, originada en testimonios y vivencias de personajes vinculados a la historia de Fredonia, investigación que profundiza sobre diversos puntos del comportamiento colombiano de final del siglo, trabajo compuesto de relatos, reportajes directos, documentales o testimoniales, como quiera llamárseles, menos novelas o periodismo novelado, porque esto último no existe. Hay novela o hay reportaje".

"El reportaje que hiciera Germán Castro Caycedo a quien llama Amanda, la bruja protagonista de su obra, y al señor Alvaro Villegas, el informante de la vida, obra y milagros de Jaime Builes, tiene una característica especial, cual es la de mencionar los nombres propios de personajes que ya no viven y de ocultar la de quienes aún deambulan por nuestras calles, a quienes describe en tal forma que cualquiera que los hubiese conocido fácilmente los identifica. Al lado de los muertos y de otros pocos personajes, describió con detalles burlescos, duros y ofensivos, a la señora Domitila Salazar de Montoya, madre de Rosmery, una distinguida maestra de Fredonia".

"Estas revelaciones, contenidas en el libro cuestionado, marcaron la familia Montoya Salazar, brutalmente, sacándola del anonimato y señalándola como protagonista de momentos tristes de la historia de tan querida provincia, a tal punto que el daño jamás se podrá reparar porque ya es voz del pueblo y rueda como la mala noticia, especialmente sobre las nuevas generaciones, las que Rosmery está educando. Esa privacidad de la familia Montoya Salazar se rompió con el libro "La Bruja", obra de Germán Castro Caycedo y el comportamiento de Rosmery en el periódico que se arrima al expediente, no fue más que las explicaciones de alguien afectado, dañado por lo que se estaba haciendo con la difusión incontrolada de la obra literaria que hoy nos ocupa. Ella no volvió público lo privado, porque eso ya lo había hecho Germán Castro Caycedo".

El Tribunal consideró que "la solicitante de la tutela estaba legitimada para obrar como lo hizo, y que el daño causado aún no ha concluido, porque se están sacando nuevas ediciones de la obra y se colocaron en el mercado dos con la descripción cuestionada". Por otra parte, coincidió con lo dispuesto por el Juez de Primera instancia en cuanto a no vincular en la decisión a Lucrecia Gaviria Díez, y en que no hay lugar a ordenarle a Germán Castro Caycedo que rectifique la información dada en la página 29 porque se trata de un libro y no de una simple noticia, razón por la cual lo único que procede es ordenarle que en futuras ediciones obre como lo hizo en la tercera, cambiando Domitila por Filomena y Gabriel Montoya por Gilberto Hoyos, por lo cual estimó procedente la suspensión de la venta de las dos primeras ediciones.

Finalmente, el Tribunal consideró que "no es procedente la condena al pago de perjuicios morales, por lo expuesto en el aparte de las consideraciones. Para ello tiene la familia Montoya las vías de la jurisdicción ordinaria".

2. Expediente T-44219.

a). Los Hechos.

Las peticionarias Margarita María Vásquez Arango y Libia González de Fonnegra, impetraron la protección a sus derechos a la honra y buen nombre, con fundamento en lo siguiente:

"1. El libro "La Bruja" contiene un cúmulo de hechos sensacionalistas y falsos".

"2. Se les involucra en narraciones de manera deshonesta con personas de dudosa reputación y para el caso de Libia González realizando actos sobrenaturales de hechicería".

"3. A Margarita María se le hace aparecer como un mercader de cargos públicos".

"4. Se mancilla su buen nombre y la condición de personas honradas y trabajadoras, de las accionantes".

"5. Solicitan la suspensión de la venta de la obra en circulación como medida provisional, además de que se prohiba su edición futura, hasta tanto se proceda a las rectificaciones".

Margarita María Vásquez Arango anexa fotocopias relacionadas con la compra de un predio, con las cuales aspira a demostrar que las afirmaciones de las páginas 169 y 170 hechas por el autor no corresponden a la realidad; igualmente aportó una carta que le envió a Germán Castro Caycedo el 30 de abril de 1994 en donde expresó su inconformidad con lo escrito en el mencionado libro.

En lo que atañe a Libia González de Fonnegra se precisó que la finalidad de la tutela es la de que en el libro no figure su nombre, porque se le involucra en un delito que no ha cometido, y aunque en dos oportunidades le escribió al escritor para que se rectificara y en la tercera edición se le cambia el nombre por el de Luria Jiménez de Quesada los hechos siguen siendo iguales.

b). Los fallos de tutela.

El Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín concedió la tutela; en tal virtud, ordenó al escritor rectificar porque "con la publicación del libro "La

Bruja" Coca Política y Demonio se violaron los derechos a la honra, intimidad personal y familiar, al buen nombre y al de información de las señoras Margarita María Vásquez Arango y Libia González de Fonnegra, quienes aparecieron mencionadas en dicha obra vinculándoseles a hechos y situaciones de las cuales no estableció en forma previa a la publicación, la veracidad de los mismos ni la seriedad de las fuentes de información".

Así mismo se dispuso que la rectificación "deberá hacerse en condiciones de equidad por los mismos medios utilizados por el autor, prensa, radio, televisión, etc., por los cuales ocurrió el despliegue y la difusión publicitaria de la obra "La Bruja"; además de la inserción de tal rectificación textual ordenada en las futuras ediciones de la misma obra o cualesquiera otra que narre hechos y situaciones que aquí se investigaron y cuyos derechos se ha dispuesto tutelar, lo cual deberá ocurrir en la parte de la introducción del texto".

Se advirtió en la sentencia de que "en virtud de que la protección a los derechos reconocidos en esta tutela lo han sido a manera de "mecanismo transitorio", por existir en cabeza de las accionantes otras formas procesales de defensa judicial, lo dispuesto en esta decisión sólo será por el término que requiera la autoridad competente para decidir de fondo las acciones que inicien los tutelantes otorgándoles un término de cuatro meses para lo pertinente como dispone el art. 8° del Decreto 2591 de 1991".

Finalmente se agregó que "Planeta Colombiana Editores S.A. Casa Editorial del libro "La Bruja" no ha violado a las accionantes ningún derecho fundamental, por lo tanto se exime de toda responsabilidad en la presente acción".

El fundamento de la sentencia del Juzgado se compendia de la siguiente manera:

Se agrega "que como los hechos que afectan los derechos fundamentales reseñados por los accionantes en la solicitud fueron publicados en varias páginas del libro "La Bruja", este medio para transmitir el pensamiento o los acontecimientos, constituye también un medio de comunicación de especiales características por ser más bien como ha dicho el autor "un reportaje" llevado y adecuado e esta forma de comunicación para expandir el pensamiento; porque el libro etimológicamente definido como hojas de papel impresas o en blanco y reunidas en un volumen encuadernado, publicar un libro..." (Diccionario pequeño Larousse ilustrado), está incluido dentro del proceso de producción y transmisión social de la información y en consecuencia se puede afirmar que se trata, de uno de los medios de comunicación impresos".

Así las cosas, se considera que el estado de indefensión de las accionantes frente al medio de comunicación empleado por el particular Germán Castro Caycedo es manifiesto, porque este medio de transmitir el pensamiento, cuenta con gran poder de impacto o impresión y de fijación ante sus lectores porque se tiene la ventaja de presentar de manera unilateral cualquier acontecimiento como se hace en la obra de la referencia, se cuenta con la posibilidad de extender su contenido por todas partes y con ello llevar el libro a mayor número de personas, con una peculiaridad que difiere de otros medios de comunicación, como que lo escrito en un libro tiene carácter de permanencia y conservación que la prensa hablada y escrita aunque pueda ser más reiterativa en los hechos que difunde.

Refiriéndose a la ineficacia de los medios de defensa administrativos y penales de que disponen las accionantes dice: "Es así que este cómputo de atributos otorga a los medios de comunicación como el que nos ocupa impresos en un libro inmensas posibilidades de apabullar o no a una persona determinada sin que ésta pueda de manera defenderse de los ataques porque nuestro vigente sistema jurídico, excepción hecha de la novísima institución de la tutela no otorga posibilidades de reacción inmediata para la protección de los derechos frente a aquellos, por parte de quienes los ven lesionados o amenazados, como los fundamentales que aquí reclaman las accionantes".

Por último, entre otras razones para fundamentar lo resuelto, se anota lo siguiente:

"Este despacho considera que este requisito de la solicitud de rectificación al medio de comunicación se cumplió, pues aunque las accionantes no le hayan manifestado al accionado en sus cartas, es necesario entender que ese era el sentido y la intención con tales misivas...".

"En las anteriores condiciones estima el despacho que con la aparición en el mercado del libro "La Bruja", con los relatos de las páginas 82, 95, 163, 169, 170, 171, 179, 186, 189, 190 y 191, se han vulnerado los derechos fundamentales de la honra, el buen nombre personal y familiar de la intimidad y el derecho a la información".

"Se conculca el derecho a la honra protegido por el art. 21 de la C.P., con las narraciones en las páginas citadas porque con ellas se demuestra la valoración que como personas de bien han tenido sus allegados y el público en general hacia estas dos damas de la política criolla que en su época ocuparon cargos de elección popular en la Asamblea de Antioquia y que aún ahora, lo están haciendo ya en posiciones directivas de buen prestigio; porque lo allí narrado contraría sus comportamientos en sociedad sin que se hubiere

probado la veracidad de aquellos contenidos con lo que se logra que sus congéneres se formen un criterio equivocado y alejado de la realidad...".

"Con la publicación del libro en referencia también se viola el derecho al buen nombre igualmente personalísimo como es el anterior con fundamento en el art. 15 de la C.P., ligado con el derecho a la intimidad personal y familiar, el cual busca que no trascienda a conocimiento público aquellos actos del comportamiento humano que como los que con anterioridad se relacionaron deseen las accionantes mantener bajo absoluta reserva o en completo silencio independiente de que sean ciertos o no y cuya invasión le está prohibida al particular sin la debida autorización".

"Decimos también que con la publicación de los relatos hechos en las páginas señaladas se viola el derecho a la información por cuanto los artículos 20, 73 y 74 de la C.P. regulan el comportamiento profesional que debe asumir todo medio de comunicación cualquiera sea su forma, en el ejercicio de las funciones periodísticas o de informar lo cual deberá cumplirse de manera veraz e imparcial; acontecimientos que deben llegar en igual forma a la comunidad y por los relatos ya reseñados con tal mandato no se cumple puesto que el accionado no ha demostrado que sus narraciones sean ciertas...".

"Como podría plantearse conflicto entre los derechos de los accionantes y el de la información defendido por el accionado, este se resuelve en favor del derecho a la intimidad con fundamento en lo que la Corte Constitucional ha sostenido varias veces y que en fallo del 15 de diciembre explicó...".

Respecto a la actuación de la Editorial Planeta se consideró que "solamente se enmarcó dentro del cumplimiento de un contrato de edición que como lo sostiene su representante judicial y según las normas que regulan este tipo de contratación "le prohiben" efectuar cualquier modificación del texto presentado por el autor para su impresión. Tampoco aparece probado que tuviere alguna participación en la elaboración del contenido de la obra y que según los arts. 111 y 126 de la Ley 23 de 1982, condicionan a la editorial para realizar correcciones en los originales de los textos recibidos".

"Esta es pues una de las razones por las que no resulta viable tutelar los derechos fundamentales de la intimidad, la honra, el buen nombre y a la información solicitada por los accionantes pues la editorial ejerció una conducta legitima autorizada por la ley y cuando ello ocurre no procede acción de tutela como explica el artículo 45 de la tutela".

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de julio 26 de 1994, confirmó la decisión de primera instancia, con las siguientes modificaciones: 1) La tutela sólo es viable respecto de los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre y a la intimidad personal y familiar de las señoras

Margarita María Vásquez Arango y Libia González de Fonnegra que fueron conculcados, pero no respecto del derecho a la información que no fue vulnerado. 2) El señor Germán Castro Caycedo publicará en el periódico El Colombiano de esta ciudad, el texto que a manera de rectificación redactó el juzgado de la primera instancia, con la salvedad a que se hizo alusión en la parte motiva, en un plazo de cuarenta y ocho horas contados a partir de la ejecutoria de esta providencia y allegará la respectiva constancia del cumplimiento de esta decisión, so pena de incurrir en las sanciones previstas por el artículo 52 del decreto 2591 de 1991. 3) Esa misma rectificación se insertará en las futuras ediciones de la obra "La Bruja, Coca, Política y Demonio", sin que para éstas opere ese plazo."

El Tribunal Superior de Medellín fundó su decisión básicamente en lo expuesto en el fallo de primera instancia, y agregó lo siguiente:

"Para el Tribunal resulta nítido el estado de indefensión en que se hallaban las damas accionantes frente a la obra producida por el señor Castro Caycedo. Fue él quien por iniciativa propia se traslado repetidamente al municipio de Fredonia, donde dialogó con algunos habitantes que le contaron diversas historias y, a continuación, aprovechando sus dotes de escritor, seleccionó los relatos, se encargó de su redacción asignándole perfiles propios y definidos a los personajes, a quienes llamó por sus nombres y apellidos o identificó con una serie de datos personales, de suyo inconfundibles, y luego dio a la publicidad el libro. De esa manera sorprendió a numerosas personas, incluidas doña Margarita y doña Libia, a quienes relacionó con individuos de brumosa personalidad y les imputó la ejecución de actuaciones deshonrosas, susceptibles de exponerlas al escarnio público, sin que ellas pudiesen esgrimir medios adecuados de defensa".

(...)

"El enfoque precedente genera variadas e importantes consecuencias: una de ellas guarda relación con los preceptos constitucionales y legales aplicables al caso en estudio. Sino se está en presencia de un medio de comunicación social en el sentido atrás indicado y si de una obra literaria creada por el escritor, las disposiciones reguladoras de la actividad periodística no tienen cabida aquí y no pueden esgrimirse como soporte de las declaraciones incorporadas al fallo".

"El numeral 7° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 impone al titular del derecho el deber de dirigirse al medio de comunicación pidiéndole que rectifique las informaciones inexactas o erróneas. Empero como la norma es inaplicable en este caso concreto, la tesis de la improcedencia formal sustentada por los accionados, está condenada al fracaso: está bien que a un órgano informativo por anticipado se le exija la corrección de los datos inexactos

o falsos en mal momento divulgados porque, dada la periodicidad con que se publica, esta en condiciones de decidir si acoge o no la exigencia, pero no parece lógico sostener que la misma petición tiene que ser formulada al medio apto para propalar los pensamientos como lo es el libro, único e irrepetible y si se quiere en principio inmodificable por naturaleza. En situaciones como esta tan pronto como aparece la obra que conculca derechos tan preciados como el del buen nombre, la honra y la intimidad personal y familiar, es evidente que el afectado queda habilitado para instaurar la tutela con el fin de extinguir la vulneración o, por lo menos, de menguar sus perniciosos efectos".

"Doña Margarita y doña Libia cuestionaron el contenido de la obra y sentaron la más enérgica protesta por el descomedido trato que se les prodigó en las misivas remitidas al señor Castro Caycedo; sólo que el juzgado, dada la posición que asumió, distinta en un todo a la del Tribunal, y acogiendo los planteamientos del señor apoderado de las accionantes; las equiparo a la rectificación previa demanda por el precepto, asimilación ésa que, así no pueda tildarse de desafortunada, se hacía innecesaria...".

Igualmente, en esta decisión se señaló que "Existiendo razones valederas para conceder la tutela, es obvio que a los accionantes se les debe garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y para lograrlo no basta el simple cambio de nombres como se hizo en la tercera edición, sino que se impone una medida diferente; es por ello que el texto concebido por el juzgado, sea que se le tome como rectificación o como nota aclaratoria, con excepción de la frase "a la información" que debe ser suprimida, tiene que ser incluido en las futuras ediciones de la obra para que los lectores entiendan que los relatos que involucran a la damas son fruto de la imaginación del autor".

"La vulneración de los derechos fundamentales de las peticionarias tuvo su origen en la publicación de las dos primeras ediciones, en las cuales fueron citadas con sus nombres y apellidos y con otros datos personales que permitieron su cabal identificación, y se mantuvo en la tercera edición, así se hayan modificado sus nombres y apellidos, porque de todas maneras se vieron comprometidas en la ejecución de una serie de hechos falsos y tendenciosos, según se anotó atrás. Aunque las ediciones iniciales fueron recogidas por disposición del Tribunal Superior de Antioquía, subsisten los nocivos efectos derivados de la tercera, que deben ser atemperados mediante la divulgación de la rectificación o nota aclaratoria ya reseñada, por los mismos medios utilizados por el autor y la editorial para la difusión de la obra, tal como se dispuso en el numeral 3° del fallo".

II. COMPETENCIA

En atención a lo dispuesto por los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto-Ley 2591 de

1991, la Sala es competente para conocer el grado de revisión de las sentencias proferidas en los procesos T-40754 y T-44219.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Derechos a la intimidad y buen nombre y libertad de expresión a través de la publicación de libros.

En innumerables pronunciamientos la Corte Constitucional ha reconocido tradicionalmente la prevalencia, en principio, de los derechos a la intimidad y buen nombre sobre el derecho a la información, bajo la concepción y el entendimiento de que aquellos son una consecuencia obligada del reconocimiento de la dignidad de la persona humana como valor fundamental y esencial del Estado Social de Derecho.

- El derecho a la *intimidad* hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo intimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o por que han trascendido al dominio de la opinión pública.

- El derecho al *buen nombre* es esencialmente un derecho de valor porque se construye por el merecimiento de la aceptación social, esto es, gira alrededor de la conducta que observe la persona en su desempeño dentro de la sociedad. La persona es juzgada por la sociedad que la rodea, la cual evalúa su comportamiento y sus actuaciones de acuerdo con unos patrones de admisión de conductas en el medio social y al calificar aquellos reconoce su proceder honesto y correcto. Por lo tanto, no es posible reclamar la protección al buen nombre cuando el comportamiento de la persona no le permite a los asociados considerarla como digna o acreedora de un buen concepto o estimación.

- El derecho a la *información* expresa la propensión innata del hombre hacia el conocimiento de los seres humanos con los cuales se interrelaciona y de su entorno físico, social, cultural y económico, lo cual le permite reflexionar, razonar sobre la realidad, adquirir experiencias, e incluso transmitir a terceros la información y el conocimiento recibidos.

- En el artículo 20 de la Constitución Política se garantiza a toda persona la *libertad de expresar* y difundir sus pensamientos y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, es decir, se trata de una libertad que opera en doble vía, porque de un lado se reconoce la facultad de la libre expresión y difusión de las ideas, conocimientos, juicios u opiniones y de otro se proclama el derecho de acceder o recepcionar una información ajustada a la verdad objetiva y desprovista de toda deformación.

La libertad de expresión tiene una concreción y manifestación efectivas en el derecho que tiene toda persona de plasmar en libros la narración de sus experiencias, concepciones intelectuales y creaciones espirituales que pueden asumir la forma de obras literarias, artísticas, científicas y técnicas, y difundirlos o darlos a la publicidad. En consecuencia, el autor de un libro tiene el derecho a que su obra sea conocida, difundida y reproducida en condiciones que garanticen el respeto de los derechos de su creación intelectual.

2. Las libertades consagradas en el art. 20 de la Constitución. La presunción de la buena fe del periodista.

La constitución consagra en su art. 20 las libertades de expresar o difundir el pensamiento o la opinión, de informar o de recibir información veraz e imparcial. La libertad de expresión es un derecho fundamental de toda persona, para cuyo ejercicio sólo se requieren las facultades físicas y mentales de su titular. En cambio, en principio, la libertad de informar supone, además de estas capacidades, la existencia de una infraestructura material que sirva de soporte y haga posible la difusión masiva del pensamiento o la opinión. La trascendencia que la libertad de información tiene para la vida democrática y la formación de la opinión pública, justifican las restricciones o límites que la Constitución impone a su ejercicio.

Cuando el propósito del comunicador es informar sobre hechos o situaciones objetivas, debe respetar el derecho de los receptores a recibir información veraz e imparcial e igualmente los demás derechos fundamentales de los sujetos involucrados en la noticia, en particular los derechos a la intimidad personal y familiar, a la honra y al buen nombre (C.P. art. 15).

En lo que concierne con la libertad de expresión que no se materializa o no tiene por objeto informar, sino recrear en una obra literaria, gráfica, plástica o fílmica, hechos o situaciones reales o inmaginarios, no es procedente sujetaria a las exigencias impuestas a la libertad de información, como son el atenerse a la verdad e imparcialidad de la noticia, lo cual no significa que el artista -escritor, periodista, caricaturista, pintor, director- pueda desconocer impunemente los derechos fundamentales de terceras personas, en particular sus derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre.

La libertad de información, como se dijo antes, no es absoluta, porque ella apareja responsabilidades y deberes sociales; la información y la noticia deben ser veraces e imparciales, es decir, guardar conformidad con los hechos o acontecimientos relatados; en tal virtud, cuando ello no suceda el afectado podrá solicitar la rectificación de la información inexacta o falsa. No obstante, al presunto afectado con la información es a quien le corresponde aportar las pruebas de que las publicaciones realizadas no son veraces, no son exactas y por lo tanto, no corresponden a la realidad o distorsionan los hechos.

No es al medio informativo responsable de la información a quien le corresponde probar que está diciendo la verdad, pues de conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política se parte de la base de que ésta es imparcial y de buena fe. De ahí, que esta norma consagre el principio de la responsabilidad social de los medios de comunicación y prohiba la censura.

Lo expresado armoniza con las normas constitucionales que garantizan la libertad e independencia de la prensa, protegen la autonomía y libertad profesional de los periodistas en el desarrollo de las actividades que le son propias (art. 73), y declaran que el secreto profesional, que obviamente ampara al periodista, es inviolable (art. 74).

Con respecto al periodista, su secreto profesional esta regulado por el artículo 11 de la Ley 51 de 1975, que dice: "El periodista profesional no estará obligado a dar a conocer sus fuentes de información ni a revelar el origen de sus noticias, sin perjuicio de las responsabilidades que adquiere por sus afirmaciones".

Esta norma habilita al periodista para realizar su actividad informativa con la mayor libertad de acción, aunque responsablemente, pues compeler al periodista a revelar la fuente de su información, conduce a limitar el acceso a los hechos noticiosos, porque quien conoce los hechos desea naturalmente permanecer anónimo, cubierto de cualquier represalia en su contra. Es obvio, que no es sólo el interés particular sino el interés social el que sirve de sustento a la figura del secreto profesional del periodista; su actividad requiere por consiguiente de la confianza que en él depositan los miembros de la comunidad quienes le suministran la información que debe ser difundida en beneficio de la sociedad.

Naturalmente, el periodista no es ajeno a las responsabilidades de orden civil y penal a que esta sujeto y que se le pueden exigir, cuando incurra en afirmaciones inexactas, calumniosas o injuriosas.

3. La rectificación de informaciones y el derecho del autor de un libro a que se respete su creación literaria.

A diferencia de la publicación o difusión de hechos y de opiniones por los medios de comunicación, los libros que revelan una elaboración intelectual y personal constituyen una creación de sus autores. Por ello, los libros de esta naturaleza constituyen una unidad inescindible, cuya autoría es producto de la creatividad intelectual, propósito e intención del autor y su contenido no puede ser modificado por una autoridad pública o un particular. En tales condiciones, no es jurídicamente admisible que se pueda solicitar por algún interesado la rectificación o corrección de su contenido, a través del ejercicio de la acción de tutela, salvo que so pretexto de la creación literaria o artística el autor consigne en el libro, total o parcialmente, una información que no sea veraz e imparcial, o que no obstante reunir estas características afecte la intimidad u otro derecho fundamental; en tal virtud, la intangibilidad de la obra, si revela datos personales no susceptibles de ser conocidos de otro modo, se desvanece si ella afecta dichos derechos.

Este planteamiento es consistente con la jurisprudencia de la Corte que sobre el particular, ha sostenido:

"... toda persona puede reclamar el derecho a publicar libros, en los cuales aparezcan plasmados los resultados de su creación intelectual. Bien sea en el campo científico, en el político en el religioso o en cualquier otro expresando como a bien tenga sus criterios y conceptos o suministrando información, sin que autoridad alguna se halle facultado por la Carta para imponer la censura a tales publicaciones".

"Pero si, como se ha dicho el escritor no ejerce un derecho absoluto, está sujeto a las restricciones que le impone la propia Constitución cuando consagra derechos en cabeza de todos los asociados. Entonces, no le será lícito hacer uso de la obra para revelar detalles de la vida íntima de otro individuo o de su familia, o para proferir calumnias, injurias o amenazas. Atenta contra los derechos constitucionales consagrados si en la publicación juega con la honra o el buen nombre de personas o instituciones, pues éstas, en ejercicio de las prerrogativas que la misma Constitución les reconoce, están en posición de acudir al juez para que haga valer sus derechos e imparta las órdenes necesarias para que cese la violación" [1]

Se reitera, que el pronunciamiento que hace la Corte en esta oportunidad no contradice la anterior jurisprudencia, toda vez que en la sentencia a que ella alude se juzgó que el libro "PERDUTE" (Perdidas), no constituía en esencia una creación literaria, sino una información particular y concreta referente a las menores Shani y Maya Ospina Fei y a sus relaciones con sus

---

1 Corte Constitucional Sentencia T-293/94

padres y terceros que vulneraba sus derechos a la intimidad personal y familiar y algunos de los que particularmente se reconocen a los niños en el art. 44 de la Constitución Política.

Para establecer si la publicación de un libro que contiene una información en relación con datos personales de algún individuo en concreto, lesiona gravemente derechos constitucionales fundamentales, como la intimidad personal o familiar, la honra o el buen nombre de una persona, es necesario analizar tanto las características de la obra, como las circunstancias en que se encuentra el afectado.

La ponderación entre la libertad de expresar y difundir el pensamiento y la opinión y los derechos fundamentales de las personas eventualmente concernidas en la narrativa de un libro, exige establecer si la persona presuntamente afectada por la publicación es identificada plenamente o si por la descripción que de ella se hace es fácilmente identificable. Además debe tenerse en cuenta si se trata de una figura pública o si los datos concernientes a ella son de conocimiento público, y si lo divulgado o afirmado concierne exclusivamente a su ámbito personal o familiar o constituye una evidente afectación a su honra y buen nombre.

4. Caso concreto

4.1. Inexistencia de vulneración de los derechos a la intimidad y al buen nombre de las peticionarias.

En el caso objeto de estudio no se menoscaba la intimidad personal o familiar y el buen nombre de los accionantes. Se deduce del comportamiento social de las petentes, producto de sus actuaciones naturales y espontáneas, así como de la conducta social de otras personas involucradas en la narración, que al conocimiento de la opinión pública han trascendido algunos de los hechos y circunstancias que sirvieron de inspiración a la narración consignada en el libro referenciado, aún cuando hay que entender que ésta es una mezcla ordenada y bien dispuesta de hechos presuntamente reales con opiniones, conceptos e ideas del autor sobre la problemática del narcotráfico, su incidencia en la política y el fenómeno cultural del espiritismo arraigado en las gentes del departamento de Antioquia y particularmente en el municipio de Fredonia. Por consiguiente, el autor no ha revelado aspectos íntimos de la vida privada de las peticionarias, simplemente recogió, en parte, un testimonio social y público, es decir, algo conocido por la comunidad que le sirvió parcialmente como punto de referencia a la narración contenida en el libro.

En el caso especifico de la referencia que en el libro se hace a la señora Domitila Salazar, hay que anotar que no hay intimidad que pueda ser objeto

de protección, porque en el medio fue ampliamente conocido el lugar de habitación, las actividades personales y el ejercicio de prácticas espiritistas de aquélla. Precisamente quien promueve una de las tutelas, es decir, su hija Rosmery Montoya Salazar, en una publicación periodística admite la ocurrencia de dichas prácticas.

Igualmente, en lo que atañe a Margarita María Vásquez y Libia González de Fonnegra, lo relatado en el libro es tan conocido y público que en el Congreso de la República, según los anales del mismo, tuvo lugar un debate en el cual se hizo amplia referencia a las actividades del narcotráfico en el municipio de Fredonia y otros sectores del Departamento de Antioquía y la vinculación de confesos narcotraficantes a la actividad política, económica y cultural. Es asi como en dichos anales aparecen con nombres propios los protagonistas de los hechos y se identifican las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ellos ocurrieron. En tal virtud, la alusión que el libro contiene en relación con dichas personas no corresponde a su esfera intima y privada, pues es algo que pertenece al dominio público.

En fin, lo que Germán Castro Caycedo plasmó en el libro de la referencia, corresponde en gran parte a lo podría denominarse "conocimiento popular", esto es, "la voz populi", a modo de una especie de testimonio periodístico obtenido a través de entrevistas grabadas y escritas con personajes de la vida real, preocupándose por transcribir las versiones que sobre los hechos y acontecimientos suministraron varias personas de Fredonia y Medellín, moldeándolas y ordenándolas acorde con la narrativa y técnica literarias y periodísticas, como son ejemplos los libros "A sangre fría" de Trumann Capote, "Arde París" de Dominique Lapierre y Larry Collins, "El escándalo de Water Gate" de C. Bernstein y B. Woodward, y "El reino y el poder" de Gay Talese. En todo caso, sin que interese identificar el genero literario a que pertenece la obra, para la Sala esta es ante todo una creación literaria del escritor amparada constitucional y legalmente.

Destaca la Sala, que no existe prueba en el expediente que permita vislumbrar en la actuación del escritor periodista Germán Castro Caycedo el ánimo de causar daño o injuriar o calumniar a personas determinadas ni de revelar detalles de su vida privada; por el contrario observa que no tenía ningún nexo con las peticionarias, pues ni siquiera las conocía.

Se concluye de lo dicho, que el libro recurrentemente alude a personas que han sido ampliamente conocidas como consultores, confidentes, actores políticos, cívicos o comunitarios, o que han desarrollado otras actividades que implican un contacto público, lo cual hace que sus ejecutorias sean ampliamente conocidas en el medio social dentro del cual se movieron y actuaron; por estas circunstancias, se entiende que con respecto a los hechos y circunstancias que a las mismas concierne y se narran en el libro, su

vida privada es relativa, porque dichas personas han dejado públicamente expuesto al conocimiento ajeno actos suyos que para otros son estrictamente privados.

Asi pues, si el escritor y periodista demandado, como consta en el proceso, no ha realizado actos intencionados tendientes a obtener dolosamente la información para su obra literaria y si las demandantes tienen la cualidad de personas cuyas actuaciones son del dominio público del medio en donde ocurrieron los hechos, el concepto de vida privada con respecto a ellas se relativiza y se integra al de la vida pública.

La Sala concluye, en consecuencia, que no existió vulneración de la intimidad personal y familiar y el buen nombre de las peticionarias, porque no se ha establecido que la obtención del material informativo plasmado en el libro hubiera sido el resultado de una intromisión intencionada y dolosa en la vida íntima de las peticionarias, mediante actos concretos que así lo determinen, tales como entradas clandestinas a recintos o sitios privados, violación de correspondencia o intercepción de teléfonos y comunicaciones. En caso contrario, es obvio que dicho conocimiento y su divulgación mediante la publicación del libro, tendría naturalmente una consideración diferente a la anotada y una repercusión en la violación de los derechos fundamentales cuyo amparo se invoca en las demandas de tutela.

4.2. Intangibilidad de la obra literaria cuestionada a través de las acciones de tutela.

La Corte considera que se equivocaron los juzgadores de instancia al disponer el cambio de los nombres de las personas que aparecen mencionadas y descritas en el libro y al ordenar las rectificaciones a las informaciones contenidas en la obra que, además, implicaban la alteración de su entomo narrativo, y una afrenta a los derechos y a la creación intelectual del actor.

Evidentemente, el libro que es objeto de censura a través de las acciones de tutela, aun cuando podría afirmarse que utiliza en esencia el género testimonio periodístico, es una obra literaria que no se puede asimilar a una noticia, razón por la cual no es viable introducir modificaciones a su contenido narrativo, porque autorizarlas implicaría desnaturalizar la esencia material de la obra, aparte de que convertiría al juez de tutela en un crítico de la creación intelectual de la misma, lo cual, por ser una cuestión metajurídica rebasa obviamente su competencia. Además, es posible que las ordenes del juez al autor de la obra para que cambie aspectos esenciales de su contenido sean de imposible cumplimiento, porque obligarían al escritor a reescribir su obra no conforme a su libre expresión, sino acorde con la del juzgador.

Lo anterior encuentra respaldo igualmente en los artículos 1, 3, 8 y 30 de la Ley 23 de 1982, disposiciones que en desarrollo de los preceptos constitucionales enunciados, reconocen a los autores de obras literarias y científicas, diferentes derechos, entre otros, el de poder oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de las mismas, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o impliquen demérito de la obra, y de demandar la correspondiente reparación de perjuicios. De este modo, se aspira a salvaguardar el derecho a la integridad de la obra, a que se conserven los elementos esenciales y a que ninguna persona o autoridad, ya deliberadamente o por falta de comprensión, altere su contenido.

Por lo expuesto, la Sala revocará las sentencias de los juzgadores de instancia proferidas en los procesos que se revisan y, en su lugar, negará las tutelas impetradas.

IV. DECISION

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Promiscuo de Fredonia y la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia y, en su lugar, se dispone negar la tutela solicitada por Rosmery Montoya Salazar.

Segundo: REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín y la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín y, en su lugar, se dispone negar la tutela impetrada por Margarita Vásquez Arango y Libia González de Fonnegra.

Tercero: LIBRAR comunicación a los Juzgados Promiscuo del Circuito de Fredonia y 23 Penal del Circuito de Medellín, a efectos de que notifiquen esta sentencia a las partes respectivas y adopten las decisiones necesarias para la ejecución de lo aquí dispuesto, en cuanto a los procesos que a cada uno de ellos incumbe.

Notifíquese, cópiese, publíquese, e insértese en la Gaceta Constitucional.

JORGE ARANGO MEJIA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-057
de febrero 20 de 1995

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / PROCESO EJECUTIVO

Si bien es cierto que los artículos 2011 y 663, fueron derogados por el Decreto 2651 de 1.991, la normatividad vigente sólo contempla la posibilidad de acudir a arbitramento en un proceso de ejecución cuando la decisión tiene origen en un compromiso, es decir, éllo, sólo podrá darse cuando las partes, una vez surgido y determinado el objeto de la controversia, celebran un acuerdo. Por lo tanto, la legislación no contempla la posibilidad de pactar la cláusula compromisoria con el objeto de excluir ex ante la competencia radicada en los jueces para adelantar la ejecución. El proceso ejecutivo es inescindible y conserva ese carácter aún en la fase cognitiva que se debe recorrer a fin de resolver las excepciones presentadas contra el título. La definición de las excepciones es un momento en el trámite que ha de seguir el Estado antes de consumar la ejecución. Resulta contrario a toda economía procesal, que para llevar a cabo una ejecución se deba suspender el proceso ejecutivo, reconocer en un proceso declarativo la calidad ejecutiva del título, base de la ejecución y, posteriormente reiniciar la ejecución misma. De otro lado los arreglos extrajudiciales a que lleguen eventualmente las partes y que puedan conducir al desistimiento de la acción ejecutiva, no se califican como arbitramento ni desvirtúan la esencia de la jurisdicción.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR PARTICULARES / CONCILIACION / ARBITRAJE

Según el artículo 116 de la CP., la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. En el Estado social de derecho, los particulares colaboran de variadas maneras en el desarrollo de las funciones y fines estatales. Dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, no obstante, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, la conciliación y el arbitraje sólo pueden tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evi-

dente que no todos lo son. En segundo término, la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo. No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral. Entre las materias vedadas a los árbitros y conciliadores, por las razones anotadas, se encuentra el conocimiento de las pretensiones ejecutivas. La existencia de un título ejecutivo con base en el cual se formula la demanda, así posteriormente se presenten excepciones y se deba decidir sobre éstas, coloca la controversia en un momento posterior al de la mera configuración del derecho. Lo que se busca a través de la acción ejecutiva es la intervención del Estado con miras no a zanjar una disputa, sino a hacer efectivo un derecho sobre cuya existencia el demandante no ha menester reconocimiento distinto al de la verificación del título que, en los términos de la ley, le sirve de suficiente causa y prueba. De otro lado, la ejecución está íntimamente ligada al uso de la fuerza pública que, por las razones anotadas, ni la ley ni el pacto pueden transferir a los árbitros o conciliadores.

ARBITRAJE - Materia arbitrable

La materia arbitrable sólo puede estar integrada por asuntos o cuestiones susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. El ámbito de lo transable abarca los objetos - bienes, derechos y acciones - sobre los cuales existe capacidad de disposición y de renuncia. La conciliación y el arbitraje presuponen una diferencia o disputa entre las partes o la posibilidad de que entre ellas surja una controversia. El mismo concepto de parte que utiliza la Constitución se refiere a la posición asimétrica o de confrontación en que se encuentran dos o más sujetos, derivable de un conflicto actual o potencial.

CONTRATO DE SEGURO / ACTIVIDAD ASEGURADORA

De acuerdo con el artículo 335 de la CP., la actividad aseguradora es de interés público y se ejerce con arreglo a la ley. Consulta el interés público que en los contratos de seguros, la parte débil que, por lo general, se identifica con el asegurado o beneficiario, realizadas las condiciones a las que se supedita su derecho reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida. El reconocimiento de mérito ejecutivo a la póliza, sin duda constituye un instrumento eficaz diseñado por la ley para la defensa efectiva de los derechos de los asegurados. Como quiera que la disposición se inspira en el

interés general y en el favorecimiento de la parte débil del contrato, no puede ser derogada por pactos particulares.

VIA DE HECHO POR DECLARATORIA DE INCOMPETENCIA / ERROR JUDICIAL / TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Cuando la jurisdicción permanente del Estado se declara incompetente - sin serlo - en una materia que tampoco corresponde al resorte de la función jurisdiccional que se desarrolla a través de árbitros, el vacío de jurisdicción y de competencia, tal vez inadvertidamente suscitado por la providencia inhibitoria, atestigua un flagrante desconocimiento de los indicados derechos fundamentales. Por lo general, los errores judiciales no pueden servir de presupuesto a una vía de hecho. Sin embargo, ello no se ha predicado de los errores manifiestos y mayúsculos que, como el del caso presente, contabiliza entre sus consecuencias gravosas para los derechos fundamentales de la personas y para el Estado de derecho, la renuncia injustificada de la jurisdicción sobre la facultad de ejecución y la ilegítima desposesión del juez en una causa judicial que se deja abandonada.

Febrero 20 de 1995

Ref.: Expediente T-49986

Actor: Orlando Yidi Dacarett

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Temas:

- Vía de hecho

- Arbitramento. Alcance constitucional.

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela número T-49986 promovido por el señor Orlando Yidi Dacarett, contra la providencia del veintisiete (27) de abril de mil nove-

cientos noventa y tres (1993) proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogota.

ANTECEDENTES

1. El señor Orlando Yidi Dacarett, mediante apoderado, instauró acción de tutela contra la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por considerar que ésta, mediante providencia del 27 de abril de 1993, confirmatoria de la decisión del Juzgado Quince Civil del Circuito de la misma ciudad, dictada dentro del proceso ejecutivo de Orlando Yidi Dacarett contra Skandia S.A., vulneró su derecho al debido proceso (C.P 29)

2. Los hechos que motivaron la acción de tutela contra la citada providencia pueden sintetizarse de la siguiente manera:

2.1 Entre el señor Yidi Dacarett y Seguros Skandia S.A, se celebró, el día 31 de enero de 1989, un contrato de seguros de casco y maquinaria, contenido en la póliza C- 20031. El artículo 31 en su parte primera, establecía:

"Arbitramento: el asegurado y Skandia convienen en someter a un tribunal de arbitramento constituído en Bogotá, cualquier duda que pudiese ocurrir en la ejecución de este contrato y a no intentar demanda o acción judicial alguna de otra naturaleza mientras de común acuerdo no hayan resuelto prescindir del juicio arbitral".

2.2 Durante la vigencia del seguro, la lancha de propiedad del señor Yidi Dacarett fue hurtada. El demandante presentó la reclamación a Skandia, entidad que según afirma el actor, la objetó extemporáneamente.

2.3 El peticionario inició proceso ejecutivo ante el Juzgado Quince Civil del Circuito, el cual libró mandamiento de pago contra la compañía aseguradora. La ejecutada propuso excepciones previas y de fondo contra la demanda. Dentro de las primeras, cabe destacar la derivada de la cláusula compromisoria.

2.4 El Juzgado consideró que en la cláusula compromisoria no se especificaban las causales objeto de arbitramento. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, ella se extendía a todas las controversias surgidas con motivo de la ejecución del contrato.

2.5 Posteriormente, el actor promovió un proceso ordinario por los mismos hechos, ante el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal. El Juzgado declaró, al igual que el Juez Quince Civil del Circuito, probada la excepción de cláusula compromisoria y ordenó compulsar copias al Consejo Superior de la Judicatura al constatar la existencia del proceso ejecutivo.

2.6 El señor Yidi Dacarett impugnó la decisión del Juez Quince Civil del Circuito. La Magistrada Ponente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Doctora Lucía Gómez Burgos, conoció del recurso y mediante auto unipersonal del 27 de octubre de 1.992, declaró la nulidad de lo actuado, al considerar que el *a-quo* carecía de competencia.

2.7 El demandante interpuso recurso de súplica contra el auto en mención, el que fue resuelto por los restantes Magistrados de la Sala, ordenándose a la H. Magistrada Lucía Gómez Burgos, pronunciarse sobre la apelación.

2.8 La apelación fue resuelta en el sentido de confirmar en su integridad el fallo del Juzgado Quince Civil del Circuito. Sostiene el Tribunal, en su fallo, que "El juez ordinario no esta facultado legalmente para tramitar procesos ejecutivos mientras no se derogue por las partes la cláusula arbitral (...) el proceso ejecutivo debe adelantarse ante los árbitros quienes tienen la facultad de administrar justicia al tenor de las disposiciones que rigen en la actualidad la institución del arbitramento, Decreto 2651 de 1.991".

2.9 El demandante fue condenado por la misma decisión del Tribunal, a pagar los perjuicios ocasionados a la compañía aseguradora, perjuicios que la misma estima entre 22 a 33 millones de pesos.

3. El actor, mediante escrito dirigido al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitó la conformación de un Tribunal de Arbitramento para dirimir las diferencias surgidas con la sociedad Skandia S.A. El Tribunal se instaló el 22 de abril de 1994, pese a hallarse en curso los procesos ejecutivo y ordinario.

3.1 Mediante auto dictado en la primera audiencia de trámite, el Tribunal en mención, se declaró competente para conocer del proceso: "(...) la coexistencia simultánea de un proceso ante la justicia ordinaria y otro ante la justicia arbitral, tendiente a definir un conflicto no inhibe *perse* al Tribunal arbitral (...)". En su concepto, el artículo 24 del Decreto 2279 de 1989 consagra "una prejudicialidad civil en favor de la arbitral". Igualmente, el Tribunal se pronunció en este mismo auto, sobre un recurso de reposición interpuesto por la parte demandada, en la etapa pre arbitral. El tribunal consideró que la ausencia de renuncia por parte del demandante al haber acudido a la justicia ordinaria, lejos de anular la cláusula compromisoria, refrendaba su vigencia.

3.2 Más adelante, mediante auto del 27 de junio de 1994, los árbitros, accedieron a la petición de desistimiento presentada por el demandante Orlando Yidi Dacarett, quien a su vez fue condenado en costas (decisión del 30 de junio de 1994.)

4. El peticionario acusa la actuación judicial del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, contenida en el auto del 27 de abril, confirmatorio de la providencia del 2 de febrero de 1992, proferido por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, de constituir una verdadera vía de hecho, violatoria de sus derechos fundamentales. A su juicio, la decisión no puede denominarse providencia, dado su contenido ilegal.

4.1 Sostiene el actor que la naturaleza del arbitramento es la de ser un proceso de cognición, y que el laudo tiene un carácter declarativo cuya ejecución corresponde a la justicia ordinaria.

4.2. Los árbitros - continúa - no pueden "ejecutar" por carecer de "*imperium*". Habiendo sido investidos por particulares y no por el Estado, mal pueden ejercer la fuerza pública de cuyo uso carecen los particulares.

4.3 Estima que el fallo del tribunal, vulnera el debido proceso en dos de sus manifestaciones: el derecho a la jurisdicción y el derecho al juez natural. La decisión de la alta corporación - señala - conduce a una "denegación de justicia" porque impide que tanto el juez ordinario, como el tribunal de arbitramento conozcan del proceso ejecutivo

4.4 Por último, el actor reitera la procedencia de la tutela en el caso en estudio, enfatiza que la intangibilidad de una providencia deriva de su conformidad tanto formal como material con el ordenamiento, requisitos que no cumple la decisión del Tribunal.

5. El actor solicita que se revoque la decisión proferida por el Tribunal Superior el 27 de abril y, en consecuencia, se dejen sin efecto las actuaciones posteriores al fallo, en especial, el incidente de regulación de perjuicios, el levantamiento de las medidas cautelares y la liquidación de costas decretadas por el Tribunal. Así mismo pide, se disponga el envío del expediente al Juzgado Quinto Civil del Circuito, a fin de que decida las excepciones previas de conformidad con los parámetros que fije el fallo de tutela.

6. La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de agosto 18 de 1.993, denegó la tutela solicitada por el señor Orlando Yidi Dacarett.

6.1 Asevera el juez de tutela, que la acción es improcedente contra providencias judiciales, salvo eventos de actuaciones de hecho. Advierte que en el caso *sub-lite*, la magistrada, "se limitó a hacer una interpretación jurídica del Decreto 2651 de 1.991 en su íntima convicción y criterio como juez de instancia", sin omitir requisito legal alguno. Agrega que de no haber satisfecho al demandante la interpretación acogida, éste tenía a su alcance todos los

recursos y medios judiciales para atacar el proveído. Reitera, por último, la prohibición al juez de debatir asuntos propios del proceso que se revisa.

7. El peticionario impugnó la decisión. Alega que la interpretación que el Tribunal hace de la doctrina de la vía de hecho, es contraria a la sostenida por de la Corte Constitucional, en relación con el control tanto formal como material de las providencias judiciales.

En lo relativo a la interposición de recursos dentro del proceso, el actor expresa que en la medida en que con éstos no se modificó la situación irregular, la vulneración del debido proceso subsiste.

Por último, señala, que la autonomía judicial no puede convalidar una actuación irregular, y que el debido proceso tiene un espectro más amplio que la simple concatenación de actuaciones. Anota que la violación del debido proceso se concreta en el desconocimiento del juez natural que es "el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer la jurisdicción en determinado proceso y de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las partes y la división de trabajo establecida por el legislador entre los miembros de la judicatura"

8. El apoderado de la compañía Seguros Skandia S.A, se notificó de la tutela por conducta concluyente al presentar un memorial ante la Corte Suprema de Justicia, en el cual expone las razones por las cuales considera que la decisión del fallador de primera instancia debe ser confirmada. A su juicio, permitir que prospere la acción de tutela significa contrariar lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-543, sobre la procedencia de esta acción contra providencias judiciales.

8.1. Alega igualmente que el señor Yidi Dacarett, ha hecho uso de los diferentes recursos judiciales y arbitrales de manera simultánea.

Así mismo, pone de presente que la objeción sobre el mérito ejecutivo de la póliza fue efectuada en debida forma por Skandia y, que por lo tanto, lo que se busca discutir ante la justicia arbitral es lo referente a las excepciones de fondo, lo cual está expresamente permitido por el artículo 2 del Decreto 2651 de 1991.

9. La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de septiembre 23 de 1994, concedió la tutela solicitada y revocó el fallo denegatorio proferido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por considerar que éste configuraba una vía de hecho, carente de todo efecto jurídico.

9.1 Afirma la Corte Suprema de Justicia que la tutela procede por violación del debido proceso contra decisiones que constituyen, pese a su apariencia

de legalidad, verdaderas vías de hecho. El derecho al debido proceso - señala - desarrolla el derecho de acceso a la justicia con el cual guarda íntima relación. El acceso a la justicia no consiste únicamente en la posibilidad pasiva de acudir a ella, sino que comprende la posibilidad de utilizar todos los instrumentos a fin de hacer conocer al juez los intereses y derechos en conflicto. De otro lado, el debido proceso comprende todas las facultades del juez enderezadas a garantizar "la efectividad del derecho material"

9.2 La Corte Suprema de Justicia subraya que el debido proceso tiene como regla imperativa el adelantamiento de los procesos ante el juez competente. Igualmente estima que el Estado es el "titular nato" del poder jurisdiccional, no obstante, excepcional y transitoriamente, se permite que el Estado delegue la función de administrar justicia en particulares, como son los árbitros (art. 116, inciso final C.P).

A juicio de la Corte, la ley actual conserva "el criterio tradicional de reserva por parte del Estado del poder jurisdiccional de ejecución", razón por la cual "se excluye la posibilidad de cláusula compromisoria, compromiso y arbitraje en asuntos de ejecución". La Alta Corporación señala que el arbitramento no impide a las partes, al tenor del artículo 2011, derogado, del C. de Co, adelantar ante los jueces ordinarios los procesos de ejecución, máxime si se tiene presente la imposibilidad jurídica de los árbitros de ejecutar sus propios laudos. A su juicio la normatividad vigente, artículo 96 de Ley 23 de 1.991 y 40 del Decreto 2279 de 1.989, recogen de manera implícita lo preceptúado por el artículo 2011. Concluye de lo anterior que toda ejecución está vetada a los árbitros.

9.3 El fallador de tutela considera que del artículo 2011 del Código de Comercio citado, se desprende que los árbitros "[si] no pueden ejecutar coactivamente sus propias decisiones, mucho menos pueden hacerlo respecto de otras decisiones judiciales, ni de decisiones o títulos creados por los particulares que requieran de poder o potestad coactiva". Por lo tanto, "si la ley no establece distinción dentro de su reserva estatal, para este tipo de conocimiento, se concluye que de la competencia y jurisdicción arbitral quedan excluidos todos los procesos ejecutivos incluyendo los atinentes a las pólizas de seguro en los casos del art. 8o de la Ley 45 de 1990".

" (...) Si en un caso determinado - puntualiza la Corte - la ley impone al Estado conocer por medio de jueces, determinados procesos, no pueden estos últimos sustraerse por ningún motivo a su conocimiento, a pesar de que exista cláusula compromisoria en contrario, pues sería ineficaz de pleno derecho conforme con el artículo 6º del C.P.C. De allí que si, en contra de los dicho, se adoptan decisiones en el sentido de sustraerse al ejercicio de la jurisdicción ejecutiva radicada exclusivamente en el Estado, no sólo se viola, como se dijo, el debido proceso sino que quebranta el derecho fundamental al acceso

"debido" a la administración de justicia. Porque el Estado se sustrae a su "deber" exclusivo de administrar justicia en materia de procesos de ejecución, sin que para ello pueda aducirse que aún le queda la posibilidad de acceder ala justicia arbitral, pues, siendo un deber exclusivo del Estado su prestación no sería lo que la Constitución y la ley ordena que debe prestarse en los ciudadanos. Más aún, esa decisión que ordena que la jurisdicción no sea prestada por el Estado sino por los árbitros, no sólo impide que aquel cumpla con su deber sino que también arriesga a que estos últimos rechacen su conocimiento por falta de jurisdicción, dejando la ejecución sin juez que la decida, o que, por el contrario conozcan de ella contrariando el ordenamiento jurídico colombiano. Todo lo cual, a todas luces, constituye una actuación arbitraria que, por estar por fuera del marco constitucional y legal pertinente, configura una vía de hecho, susceptible de amparo mediante tutela" (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación, providencia del 23 de septiembre de 1.994)

9.4 Por lo anterior, la Corte Suprema concluye que asiste la razón al actor, al solicitar la revocatoria del fallo del Tribunal, por cuanto el "proceso de ejecución es competencia privativa del Estado" y si bien la cláusula compromisoria puede extenderse a las diferencias que se susciten en la ejecución del contrato, no puede predicarse lo mismo de "la ejecutabilidad del contrato como título ejecutivo"

10. Seguros Skandia solicitó, mediante escrito del 27 de septiembre de 1994, la aclaración de la providencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 23 de septiembre del mismo año. La Corte negó la solicitud, por considerar que versaba sobre un objeto diferente de la acción decidida.

11. El apoderado de la sociedad aseguradora, presentó un memorial al Tribunal Superior de Bogotá en el que solicitó se diera aplicación a los artículos 4 y 230 de la Constitución Nacional a fin de inaplicar la decisión de la Corte Suprema de Justicia por desconocer el principio de la doble instancia y el atribuir el carácter de vía de hecho a una providencia judicial por razones puramente interpretativas.

12. En un memorial, similar al presentado a la Corte Suprema de Justicia, la Compañía aseguradora Skandia, se dirige a la Corte Constitucional para solicitar que en la revisión de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se tengan en cuenta las consideraciones que ha planteado en sus diversos escritos.

12.1 El escrito en mención, se divide en dos partes. En la primera de ellas, el apoderado de la sociedad expone su versión de los hechos. Afirma que Skandia no guardó silencio ante la reclamación sino que, por el contrario, solicitó al asegurado aclarar la identidad del bien asegurado.

Pone de presente que el demandante cometió diversas irregularidades al iniciar un proceso ejecutivo y un proceso ordinario en forma paralela. Señala que el actor tras desistir del proceso ordinario, lo reactivó y simultáneamente convocó a un Tribunal de Arbitramento, desistiendo más adelante de su demanda arbitral.

Considera, el apoderado de la sociedad, que el actor, no satisfecho con estas actuaciones, instauró la tutela en busca de una "cuarta instancia".

12.2 La segunda parte del memorial se dirige a rebatir los fundamentos jurídicos de la decisión de La Corte Suprema de Justicia. A su juicio, la Corte Suprema de Justicia interpretó equivocadamente los artículos 1 y 2 del Decreto 2279, que extienden el pacto arbitral a todas las diferencias que surjan del contrato. Estima que la Corte falló con base en los artículos 2011 del C de Co. y 663 del C.P.C., normas derogadas.

Señala que "es falsa" la disyuntiva de la Corte en tomo a que el conocimiento por parte de los árbitros de un proceso de ejecución, consiste en una denegación de justicia, por cuanto si bien es cierto que el Tribunal arbitral no puede ejecutar, si puede discutir el mérito ejecutivo de un título, por tratarse de una cuestión declarativa.

En su concepto si el Decreto 2651 de 1.991 permite el pacto de compromiso en el proceso ejecutivo, no existe razón para no aceptar la cláusula compromisoria. A su juicio, el decreto en mención acabó con la discusión en torno a si el trámite arbitral era ajeno al proceso ejecutivo, permitiendo que las partes acudieran libremente al proceso arbitral.

Por último, niega que la decisión del Tribunal constituya una vía de hecho y transcribe apartes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

FUNDAMENTOS

El Problema planteado

1. En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 23 de septiembre de 1994, objeto de revisión, se sostiene la tesis de la ineficacia del pacto arbitral que pretenda sustraer a la jurisdicción ordinaria del Estado la competencia para conocer de los procesos ejecutivos. El Estado se reserva, según la sentencia, el poder jurisdiccional de ejecución, en razón de su naturaleza coercitiva y del grado de injerencia que se obra en la esfera de la libertad (mandamiento forzoso de pago) y del patrimonio (embargo, secuestro, orden de llevar a cabo la ejecución, remate etc.) del ejecutado. La competencia y jurisdicción arbitrales, por consiguiente, se extienden única-

mente a las controversias transigibles, esto es, a aquéllas que requieren de certeza jurídica mediante transacción o sentencia ya sea declarativa o condenatoria.

2. La sociedad Skandia Seguros Generales S.A., a la cual esta Corte reconoce su carácter de coadyuvante de las autoridades judiciales demandadas en el presente proceso de tutela (D. 2591 de 1991, art. 13), en sendos escritos, el primero, presentado a la Corte Suprema de Justicia antes de que ésta dictara su fallo y en el que se solicita la confirmación de la sentencia de tutela de primera instancia y, el segundo, dirigido a esta Corporación, se opone a las pretensiones del actor e impugna, desde distintos ángulos, el fallo materia de revisión.

La tesis básica que esgrime la coadyuvante es la de que si bien los árbitros no pueden llevar a cabo ejecuciones, sí pueden, en cambio, conocer de las controversias que se originen en los títulos en los que aquéllas se fundamentan. La cláusula de arbitramento y el compromiso, por ende, pueden versar sobre las controversias que se presenten en un proceso ejecutivo cuando se formulan excepciones, lo que conduce a que en la práctica este proceso se torne en declarativo y la litis pueda ser sometida a decisión arbitral que, desde luego, una vez producida, deberá necesariamente ser ejecutada por los funcionarios judiciales permanentes.

La sociedad coadyuvante apela a distintos argumentos legales para apoyar su tesis: (1) el D. 2279 de 1989, derogó los artículos 2011 del Código de Comercio y 663 del Código de Procedimiento civil, que impedían sujetar los procesos de ejecución al compromiso o a la cláusula compromisoria; (2) en el Decreto 2279 de 1989, aparte de no contener la limitación anterior, se dispuso que "la cláusula compromisoria puede estipularse para someter a decisión arbitral, todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato determinado; si éstas no se especificaren, se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual"; (3) El D. 2651 de 1991 extendió a los procesos de ejecución las instituciones del arbitraje y de la conciliación, como se deduce del tenor mismo de su artículo 2 (*); (4) A voces del artículo 11 del D.

---

* En los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, que versen total o parcialmente sobre cuestiones susceptibles de transacción, distintos de los laborales, penales y contencioso- administrativos y de aquellos en los cuales alguna de las partes estuviera representada por curador ad -lítem, las partes, de común acuerdo, pueden pedir al juez que aquéllas se sometan se sometan a trámite de conciliación, y que si ésta fracasa o fuere parcial a posterior arbitramento salvo que acuerden acudir a amigable composición.

La anterior solicitud también podrá formularse en los procesos de ejecución en los que se hallan propuesto excepciones de mérito.

2651 de 1991, "en razón del pacto arbitral los árbitros quedan investidos transitoriamente de la función de administrar justicia (...)".

De otro lado, la coadyuvante advierte que las providencias judiciales en firme, conforme lo estableció la Corte Constitucional en su sentencia del 1o de octubre de 1992, no pueden ser objeto de la acción de tutela, salvo el caso de que ellas constituyan una verdadera vía de hecho. A este respecto, señala, una simple diferencia de criterio sobre el alcance de la ley, no es capaz de convertir una decisión judicial correctamente dictada en vía de hecho.

Desde el punto de vista legal, la tesis de la coadyuvante, adolece de imprecisiones, en primer lugar debe señalarse que si bien es cierto que los artículos 2011 y 663, fueron derogados por el Decreto 2651 de 1.991, la normatividad vigente sólo contempla la posibilidad de acudir a arbitramento en un proceso de ejecución cuando la decisión tiene origen en un compromiso, es decir, éllo, sólo podrá darse cuando las partes, una vez surgido y determinado el objeto de la controversia, celebran un acuerdo. Por lo tanto, la legislación no contempla la posibilidad de pactar la cláusula compromisoria con el objeto de excluir *ex ante* la competencia radicada en los jueces para adelantar la ejecución.

La afirmación del apoderado de la sociedad aseguradora referente a que el artículo 96 de la Ley 23 de 1.991 modificatorio del artículo 1 del Decreto 2279 de 1.989, no excluye controversia alguna del pacto arbitral, necesita ser matizada, pues la norma no puede ser interpretada como una habilitación del legislador para que toda controversia pueda ser objeto de arbitramento. Del tenor literal del mismo artículo se desprende que sólo aquello susceptible de transacción puede ser decidido por la justicia arbitral.

3. Los argumentos del actor, reseñados en otra parte de esta sentencia, en lo sustancial, coinciden con los esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia. Adicionalmente, en relación con la impugnación formulada por la coadyuvante, precisa que el proceso ejecutivo no es susceptible de ser parcelado de modo que a un juez se asigne el conocimiento de las excepciones y a otro diferente la expedición del mandamiento ejecutivo.

Agrega que, aún en el evento de que la posición de la coadyuvante fuera cierta, se habría presentado una violación del debido proceso, pues el Decreto 2651 de 1991, en el cual ella se fundamenta, sólo entró a regir el día 10 de

---

Cuando existan trámites o incidentes propuestos por terceros, el juez conservará competencia para resolverlos y en general para todo lo relacionado con las medidas cautelares.

Parágrafo. No obstante lo dispuesto en este artículo las partes podrán acudir directamente al proceso arbitral.

enero de 1992, en tanto que la demanda ejecutiva fue presentada el 20 de agosto de 1991.

4. En el plano constitucional las tesis enfrentadas se derivan de dos posturas interpretativas distintas sobre el alcance de la competencia de los árbitros. Según el artículo 116 de la CP, "los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Para la Corte Suprema de Justicia y el actor, la función jurisdiccional de los árbitros es limitada y, de la misma, definitivamente queda sustraída el conocimiento de las acciones ejecutivas. En los restantes fallos de la justicia ordinaria y de tutela reseñados, así como en los memoriales de la coadyuvante, se asume la existencia de una competencia amplia para los árbitros que, en virtud del compromiso o de la cláusula compromisoria, podrían inclusive sustituir a la jurisdicción ordinaria del Estado en esta materia, por lo menos en lo que atañe a la definición de las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago librado con base en un título ejecutivo.

Los diferentes argumentos legales que se exponen, se encuentran en realidad determinados por esta concepción inicial. Por esta razón la Corte analizará, desde la perspectiva constitucional, el problema de fondo que plantea la controversia sub lite y que consiste en determinar si las partes enfrentadas pueden válidamente, en virtud de compromiso o de cláusula compromisoria, habilitar a los árbitros para sustituir total o parcialmente a la jurisdicción ordinaria del Estado en asuntos de naturaleza ejecutiva.

Alcance constitucional del arbitramento y de la conciliación

5. El derecho si es preciso puede hacerse cumplir de manera forzada a través de la utilización de la coacción. El desacato de la norma, apareja la correlativa imposición, actual o posible, de una específica sanción o consecuencia negativa para el sujeto que realiza el comportamiento o la abstención proscritas. El carácter coactivo es, pues, rasgo esencial de la normatividad jurídica, sin el cual se corre el riesgo de socavar su función como técnica de control y de orientación social. Esta dimensión del orden jurídico, no descarta que sus mandatos frecuentemente se cumplan de manera espontánea, y se postula sin perjuicio de que lo deseable en una sociedad democrática y participativa, sea la realización del derecho, como marco de la convivencia pacífica, con el menor recurso a la fuerza.

La coercibilidad, elemento que acompaña al derecho, requiere de la existencia permanente de un aparato institucionalizado que administre la coacción de conformidad con la Constitución y la ley, las que a su turno le imprimen a su ejercicio, en razón del contenido y valores que defienden, el sello

indeleble de la legitimidad democrática. Sólo así, el empleo de las medidas de coacción por las instituciones permanentes del Estado, no se identifica con la violencia o el terror organizado.

El ordenamiento jurídico no se limita a diseñar y establecer el aparato de fuerza y las condiciones para su ejercicio, sino que, adicionalmente, indica el método de su actuación y las formas procesales que deben observarse cuando se viola una norma jurídica y se hace entonces necesario poner en marcha sus dispositivos de constreñimiento o de reparación. En este orden de ideas, el uso de la coacción resulta inseparable de sus condiciones de ejercicio y de las formas procesales que deben agotarse para su correcto empleo, fijadas en el derecho objetivo.

6. Los particulares, en su condición de conciliadores y árbitros, transitoriamente, pueden administrar justicia. Se pregunta la Corte si en este caso, la indicada investidura, les permite recibir y ejercitar válidamente habilitaciones de las partes para adelantar a través del procedimiento arbitral juicios de ejecución con base en títulos ejecutivos o definir aspectos centrales en los que se ventilen ante la jurisdicción ordinaria, como sería la decisión de las excepciones propuestas por la persona demandada.

7. Según el artículo 116 de la CP., la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. En el Estado social de derecho, los particulares colaboran de variadas maneras en el desarrollo de las funciones y fines estatales. Dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, no obstante, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, la conciliación y el arbitraje sólo pueden tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. En segundo término, la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo. No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna.

No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral. Entre las materias vedadas a los árbitros y conciliadores, por las razones anotadas, se encuentra el conocimiento de las pretensiones ejecutivas. La existencia de un título ejecutivo con base en el cual se formula la demanda, así posteriormente se presenten excepciones y se deba decidir sobre éstas, coloca la controversia en un momento posterior al de la mera configuración del derecho. Lo que se busca a través de la acción ejecutiva es la intervención del Estado con miras no a

zanjar una disputa, sino a hacer efectivo un derecho sobre cuya existencia el demandante no ha menester reconocimiento distinto al de la verificación del título que, en los términos de la ley, le sirve de suficiente causa y prueba. De otro lado, la ejecución está íntimamente ligada al uso de la fuerza pública que, por las razones anotadas, ni la ley ni el pacto pueden transferir a los árbitros o conciliadores.

8. Las normas legales que regulan el arbitramento deben ser interpretadas a la luz de la Constitución. Contrariamente, la coadyuvante intenta explicar el alcance del artículo 116, inciso final, de la Constitución Política, a partir de la consideración que le merecen las normas legales que gobiernan la materia.

En este sentido, las restricciones legales a la institución arbitral, apuntan a justificar la imposibilidad de que ella pueda convertirse en foro sustituto de la jurisdicción ordinaria.

En verdad, la materia arbitrable sólo puede estar integrada por asuntos o cuestiones susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. El ámbito de lo transable abarca los objetos - bienes, derechos y acciones - sobre los cuales existe capacidad de disposición y de renuncia. La conciliación y el arbitraje presuponen una diferencia o disputa entre las partes o la posibilidad de que entre ellas surja una controversia. El mismo concepto de parte que utiliza la Constitución se refiere a la posición asimétrica o de confrontación en que se encuentran dos o más sujetos, derivable de un conflicto actual o potencial. Alrededor del título ejecutivo bien puede darse un debate sobre su existencia y validez, pero éste tiene una connotación distinta. En primer término, con base en el título su beneficiario o tenedor solicita al juez se decrete y lleve a efecto su cumplimiento coactivo, no la mera definición de un derecho, como quiera que en su favor obra la presunción de titularidad del respectivo derecho. Si la contraparte opone excepciones, su resolución positiva o negativa es puramente incidental y, por tanto, se inscribe en un momento que todavía pertenece al curso de acción que ha de seguir el Estado cuando se propone aplicar la coacción y que consiste en determinar previamente si existen las condiciones de validez y de eficacia establecidas en la ley para seguir adelante con la ejecución. En todo caso, dado que los factores de competencia se toman en cuenta en el momento de entablar la acción, desde la perspectiva del tenedor del título ejecutivo que se apresta a requerir la intervención de la jurisdicción, no existe diferencia ni controversia sobre la existencia y extensión de su derecho, sino necesidad de la intervención del Estado para procurar su cumplimiento.

La ausencia de poder coactivo de los árbitros, lo corrobora la disposición del D.2279 de 1989, que somete a la justicia ordinaria lo relativo a la ejecución del laudo, de conformidad con las reglas generales (Ibid, art. 40, parágrafo). Si en verdad dispusieran de este poder los árbitros, la norma sobraría.

Idéntica conclusión cabe extraer del inciso 2o del artículo 1o del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 96 de la Ley 23 de 1989, que en punto al arbitramento sobre el contrato de arrendamiento, establece que "los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria".

Finalmente, tampoco tiene asidero constitucional el arbitraje circunscrito a la definición de las excepciones propuestas por la parte ejecutada. El proceso ejecutivo es inescindible y conserva ese carácter aún en la fase cognitiva que se debe recorrer a fin de resolver las excepciones presentadas contra el título. La definición de las excepciones es un momento en el trámite que ha de seguir el Estado antes de consumar la ejecución. Resulta contrario a toda economía procesal, que para llevar a cabo una ejecución se deba suspender el proceso ejecutivo, reconocer en un proceso declarativo la calidad ejecutiva del título, base de la ejecución y, posteriormente reiniciar la ejecución misma. De otro lado los arreglos extrajudiciales a que lleguen eventualmente las partes y que puedan conducir al desistimiento de la acción ejecutiva, no se califican como arbitramento ni desvirtúan la esencia de la jurisdicción.

Adicionalmente, cabe anotar que los procesos ejecutivos se inician con base en un título que de conformidad con la ley, presta mérito ejecutivo, hipótesis que difiere del supuesto en el que es necesario resolver previamente sobre la existencia de un derecho, lo que ciertamente si corresponde a la competencia del Tribunal de Arbitramento.

El interés público y el contrato de seguro

9. El artículo 1053 del Código de Comercio, modificado por el artículo 80 de la Ley 45 de 1990, expresa: "La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: 1. En seguros dotales, una vez cumplido el respectivo plazo. 2 . En los seguros de vida, en general, respecto de los valores de cesión o rescate, y 3. transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar la circunstancia en la demanda".

El precepto citado tiene como antecedente la medida de protección al asegurado o beneficiario incorporada en la regulación legal de la actividad aseguradora desde la expedición de la Ley 105 de 1927 (art. 25). Se pretende de esta manera garantizar los derechos del asegurado y del beneficiario del contrato de seguro y desalentar, de otra parte, las prácticas dilatorias del asegurador reacio a cumplir sus propias obligaciones. Verificado el siniestro y

cumplidos los restantes requisitos enunciados en la norma, se opera, en el tercer caso, una presunción legal que edificada sobre el silencio del asegurador o su objeción no sería ni fundada, permite dar por probados el siniestro, la cuantía del daño y el derecho a la respectiva indemnización. La acción ejecutiva a la que la ley reconoce mérito ejecutivo, produce una inversión de la carga de la prueba, que desplaza al asegurador, a través del mecanismo de la excepciones, la tarea de desvirtuar o enervar la existencia, validez o efectos del título.

De acuerdo con el artículo 335 de la CP., la actividad aseguradora es de interés público y se ejerce con arreglo a la ley. Consulta el interés público que en los contratos de seguros, la parte débil que, por lo general, se identifica con el asegurado o beneficiario, realizadas las condiciones a las que se supedita su derecho reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida. El mérito ejecutivo que se atribuye a las pólizas en los casos examinados, neutraliza y frustra las prácticas abusivas a las que podrían recurrir las empresas aseguradoras. Estas últimas, de ordinario, no sólo despliegan su poder en el momento inicial, al fijar unilateralmente las condiciones generales del contrato, sino que en el curso de la relación negocial - se ha observado por parte del legislador histórico -, de manera no infrecuente, esquivan o dilatan injustificadamente el cumplimiento de sus compromisos. La disposición legal citada es el medio al cual ha recurrido la ley para introducir un factor de equilibrio entre asegurado o beneficiado y el asegurador.

El reconocimiento de mérito ejecutivo a la póliza, sin duda constituye un instrumento eficaz diseñado por la ley para la defensa efectiva de los derechos de los asegurados. Como quiera que la disposición se inspira en el interés general y en el favorecimiento de la parte débil del contrato, no puede ser derogada por pactos particulares. En efecto, si se concede validez a las cláusulas compromisorias enderezadas a que el asegurado renuncie al proceso ejecutivo para hacer efectiva la póliza, que las compañías aseguradoras incorporen en sus módulos contractuales a los que normalmente adhieren las personas que demandan sus servicios, irremisiblemente se marchitaría la protección que la ley ha querido ofrecer. El legislador pretendió reforzar, en los contratos de seguro, la protección legal que encuentra toda persona en el proceso ejecutivo, como medio último para lograr el cumplimiento de las obligaciones, al consagrara en el artículo 1053 del Código de Comercio, una presunción legal en favor del asegurado.

De la misma manera que los particulares no pueden, a través del pacto arbitral, atraer hacia su propia órbita el ejercicio de la jurisdicción para ejecutar a los deudores, tampoco resulta lícito apelar al contrato para restar eficacia y minar el repertorio de instrumentos de orden público que el Estado ha considerado indispensable ofrecer a la parte débil de los contratos que se celebran con las compañías de seguros.

Confirmación del fallo objeto de revisión

Las razones expuestas, aunadas a las sostenidas en su sentencia por la Corte Suprema de Justicia, son suficientes para confirmar su decisión. La providencia del Tribunal contra la cual se entabló la acción de tutela, ciertamente significaba la abdicación ilegítima de la jurisdicción y competencia exclusivas del Estado, y su implícita cesión a los particulares investidos de la función arbitral.

Las consecuencias que ineludiblemente se siguieron de la censurable resignación de la competencia y que han afectado los derechos constitucionales del actor, como acertadamente lo puso de presente la Corte Suprema de Justicia, fueron la violación del debido proceso y la negativa de acceso a la justicia. Entre una y otra vulneración existe una íntima relación de concedida. Cuando la jurisdicción permanente del Estado se declara incompetente - sin serlo - en una materia que tampoco corresponde al resorte de la función jurisdiccional que se desarrolla a través de árbitros, el vacío de jurisdicción y de competencia, tal vez inadvertidamente suscitado por la providencia inhibitoria, atestigua un flagrante desconocimiento de los indicados derechos fundamentales.

Por lo general, los errores judiciales no pueden servir de presupuesto a una vía de hecho. Sobre este punto la jurisprudencia de la Corte ha sido clara y terminante. Sin embargo, ello no se ha predicado de los errores manifiestos y mayúsculos que, como el del caso presente, contabiliza entre sus consecuencias gravosas para los derechos fundamentales de la personas y para el Estado de derecho, la renuncia injustificada de la jurisdicción sobre la facultad de ejecución y la ilegítima desposesión del juez en una causa judicial que se deja abandonada.

Por último, por no ser materia de la acción de tutela, no entra la Corte a determinar si el actor, como lo ha manifestado la parte coadyuvante de las autoridades demandadas, al interponer simultánea y sucesivamente diversas acciones judiciales, ha podido tanto él como su abogado abusar de la jurisdicción y estar incurso, el último, en una violación del régimen legal y ético de la profesión. En la copia de la providencia proferida por el Juez Treinta y uno Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, se ordenó para estos efectos poner dichos hechos en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Disciplinaria. Con ese mismo objeto, se dispondrá en esta sentencia el envío de copia de la misma al indicado organismo jurisdiccional, para lo de su competencia.

DECISION

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar en su integridad el fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 23 de septiembre de 1994

Segundo.- Ordenar que se compulsen copias de esta providencia al Consejo Superior de la Judicatura para lo de su competencia.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
(Con aclaración de voto)

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., a los veinte (20) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)).

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. T-057
de febrero 20 de 1995

Concuerdo con la decisión, pero no con la totalidad de las razones expuestas como conducentes a ella. Muchas de las consideraciones acerca del monopolio de la fuerza por parte del Estado - me parece-, parte del supuesto de que son los propios árbitros los que estarían facultados para ejercerla y creo que no ese el caso. A mi juicio, las disgresiones en tomo a un hecho indiscutible, pero que no es lo que se discute en el caso *sub-judice* oscurecen la argumentación y la debilitan en lugar de aclararla y vigorizarla.

Fecha ut supra.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

SENTENCIA No. T-058
de febrero 21 de 1995

SUSTITUCION PENSIONAL - Hija inválida y casada /
PRESUNCION DE INDEPENDENCIA ECONOMICA

La condición material de fondo que exige la ley para obtener el derecho a la sustitución pensional consiste en la dependencia económica del titular del derecho. El Decreto 1160 de 1989 -fundado en la Ley 71 de 1988- presume que se encuentran en esta situación las siguientes personas: 1) los hijos menores de 18 años, 2) los hijos inválidos de cualquier edad y 3) los estudiantes de 18 años o más que dependan económicamente del causante. De acuerdo con esto, la peticionaria debía demostrar: 1) que era inválida y 2) que dependía económicamente del titular del derecho, esto es de su madre. Corresponde a la peticionaria la carga de la prueba que desvirtúa la presunción de independencia dada por el matrimonio. Los hijos casados se presumen desligados económicamente de sus padres. Por lo tanto, es razonable que a la peticionaria, por el hecho de mantener su vínculo matrimonial, se le solicite la prueba de que no era independiente económicamente de su madre. El problema jurídico específico a este punto consiste en saber si el régimen probatorio que se impone a la peticionaria es el previsto formalmente en las normas civiles contempladas para la separación de bienes o, en cambio, en estas circunstancias existe un régimen de libertad probatoria. Como cualquiera de las causales de disolución de la sociedad conyugal requiere para su efectividad de la sentencia judicial decretada por la autoridad competente o de la escritura pública derivada del mutuo acuerdo de los cónyuges. La libertad probatoria, en este punto, queda descartada.

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LA JUSTICIA MATERIAL

El principio de la prevalencia de la justicia material no puede traducirse en una eliminación de todas aquellas reglas que aplicadas de manera clara y específica a un caso concreto no producen el fin propuesto desde el punto de vista del sujeto afectado. Existe un ámbito de imponderables personales que

pueden ser determinantes en el resultado que el derecho produzca en los individuos y que no pueden ser previstos por las normas jurídicas. La circunstancia de haber iniciado un proceso de separación veintiséis años atrás y no haberlo terminado pertenece a este ámbito en el cual el derecho -a diferencia de la moral, por ejemplo - exige cierta objetividad formal que no puede ser modificada so pena de inestabilidad e inseguridad jurídicas. Si el derecho no contara con este tipo de objetividad mínima, cada ciudadano podría poner de presente las más intrincadas y personales condiciones personales para poner en tela de juicio su sometimiento al derecho. En el caso presente, la justicia material entra en conflicto con otras principios como el de certeza, seguridad y objetividad jurídica. La solución a dicho conflicto debe resultar del análisis fáctico que se plantea ante el juez de tutela.

INTERPRETACION JURIDICA-Principios / **PROCESO DE SEPARACION DE BIENES / SOCIEDAD CONYUGAL** - Disolución

Los principios juegan un papel esencial en la interpretación jurídica, en especial cuando se presentan casos difíciles, producto del conflicto de varias normas. En el caso sub judice no existe propiamente un problema de interpretación. No se pone en tela de juicio la obligación de demostrar la separación de bienes; simplemente se solicita un tratamiento excepcional con el objeto de no cumplir con lo prescrito por la administración. Tampoco se trata de una situación en la cual la aplicación de una norma legal resulte en la imposibilidad de obtener un derecho. Todo indica que la peticionaria puede obtener sin dificultad la sentencia judicial de separación y que a partir de allí obtendrá el reconocimiento de la sustitución pensional. Al no conceder la tutela los jueces de instancia no conculcaron un derecho de la peticionaria, simplemente ordenaron seguir el procedimiento legal contemplado para el caso. Otra cosa sería si la peticionaria estuviese en imposibilidad de demostrar su separación de bienes o no existiese procedimiento previsto para el efecto. En este evento, el principio de justicia material podría prevalecer sobre cualquier consideración legal. En su caso, en cambio, las normas legales puestas en entredicho por la peticionaria son claras, razonables y eficaces para la obtención de su derecho. En estas circunstancias, la apelación a los principios no es conducente. La peticionaria debe tramitar la disolución de su sociedad conyugal mediante el procedimiento establecido en el Código Procedimiento Civil

Ref.: Expediente T-48437

Actor: María Yolanda Elvira Chaparro de Castilla

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Tema: - Prevalencia del derecho sustancial. Alcances y limitaciones de este principio

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela número T-48437 promovido por la señora María Yolanda Elvira Chaparro de Castilla, contra la Caja Nacional de Previsión Social.

ANTECEDENTES

1. La peticionaria María Yolanda Elvira Chaparro de Castilla, sostiene que su marido la abandonó hace 26 años y que, desde entonces, es asistida por su madre quien le ha brindado todo el apoyo necesario para sobrellevar su estado de invalidez.

2. En diciembre de 1992 falleció la madre de la petente, quien era beneficiaria de una pensión otorgada por la Caja Nacional de Previsión Social desde noviembre de 1974. La señora Chaparro presentó entonces la respectiva solicitud de sustitución pensional allegando la documentación probatoria exigida.

3. La Caja de previsión denegó la solicitud de sustitución pensional mediante Resolución No. 042049 de noviembre 30 de 1993. En opinión de la entidad pública, las peticionaria no puede ser beneficiaria de tal derecho debido a que aún se encuentra casada. Las normas que rigen el orden de las pensiones y sustituciones no establecen nada respecto de los hijos casados.

4. En estas circunstancias la señora Chaparro interpuso recurso de apelación ante la Caja. Sin embargo, la decisión fue confirmada mediante Resolución No. 003405 de junio 29 de 1994. En la misma resolución se reconoce la posibilidad de que, adquiriendo el estado formal de mujer separada la peticionaria obtenga la sustitución pensional respecto de su madre, con base en el concepto de la División de Salud Ocupacional en el cual se establece que la petente es inválida permanente por patología ortopédica inestable de columna, espandilolistesis L4-L5.

Considera la Caja que no pueden valorar las pruebas presentadas sobre la separación de hecho, debido a que el único medio probatorio para demostrar el estado de separación de bienes es la sentencia ejecutoriada del juez civil.

5. Ante la negativa de la Caja en reconocerle la sustitución pensional la señora Chaparro interpuso acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la vida e integridad física, a la igualdad, y a la seguridad social. En la demanda de tutela solicita que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social el reconocimiento de la sustitución pensional en su favor. Respalda su derecho en el artículo 6-2 del Decreto 1160 de 1989, el cual extiende la sustitución pensional a los hijos inválidos de cualquier edad que dependan económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de invalidez.

6. En su declaración ante el juez de tutela la señora Chaparro confirma su estado civil de casada, pero advierte que se encuentra separada de hecho desde hace aproximadamente 27 años. Dice haber iniciado el proceso de separación sin haber logrado éxito debido a que su esposo desapareció dejando pendiente el proceso, sin que nunca más hubiese tenido noticias suyas. Como prueba de la separación de hecho adjuntó dos declaraciones extrajuicio y una certificación autenticada de la iniciación del proceso.

Finalmente, sostiene que desde su separación ha dependido económicamente de su madre y de unos parientes lejanos que le envían 20.000 pesos mensuales y que es una persona incapacitada para trabajar.

7. El Juez Tercero de Familia de Santafé de Bogotá, mediante sentencia del 8 de agosto de 1994 denegó la acción por las siguientes razones:

7.1 Los hechos expuestos por la peticionaria "no se ajustan a los casos taxativamente previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991"

7.2 La demandante no demostró que se encuentra separada de cuerpos de su legítimo esposo. En consecuencia, no llena los requisitos establecidos por ley para tener derecho a la sustitución pensional.

8. La actora impugnó la decisión del juez en base a los siguientes argumentos:

8.1 La acción de tutela no está dirigida contra particulares. Por lo tanto, no es aplicable el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 que cita el juez en su decisión. En cambio, es aplicable el artículo 5 del mismo Decreto pues la acción se endereza contra una autoridad pública, la Caja Nacional de Previsión Social, que con las resoluciones emitidas presuntamente violó, en concepto de

la demandante, los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la subsistencia.

8.2. La prueba de la separación de hecho debería ser suficiente para constatar la falta de dependencia económica de su marido.

8.3 Nada se estableció en la ley sobre los hijos casados. Se hace patente una discriminación en su contra pues ignora el paradero de su esposo y hace 26 años depende económicamente de su madre.

8.4 La ley sobre sustitución pensional nunca ha exigido la sentencia judicial para demostrar la separación de cuerpos.

9. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá confirmó la decisión impugnada mediante providencia del 14 de septiembre de 1994. En su providencia sostiene que la tutela es improcedente debido a la existencia de otro medio de defensa judicial. Además, considera que al juez de tutela "no le es lícito relevar al juez ordinario en sus funciones,".

10. El Defensor del Pueblo solicitó la revisión de las sentencias proferidas. En su opinión, de ellas se deriva un perjuicio grave que vulnera los derechos fundamentales a la subsistencia, a la igualdad y a la seguridad social de la petente.

10.1 La muerte de su madre colocó a la demandante en una situación "insostenible y con grave peligro para su vida ya que su dependencia económica era absoluta por su estado de invalidez y el abandono de que fue objeto por parte de su esposo desde hace más de 26 años.

10.2 La resolución que niega la sustitución pensional afecta el derecho a la vida de la peticionaria, "reflejado en el derecho a la subsistencia y a la dignidad humana que deben protegerse en un Estado Social de Derecho."

10.3 También se vulneró el derecho a la igualdad pues se le discrimina a causa del estado civil, sin tener en cuenta la situación de extrema necesidad de la petente. La demandada y el fallador desconocen la protección especial que debe darse a las personas que padecen de una debilidad manifiesta.

10.4 La exigencia que hace la Caja Nacional de Previsión Social respecto a la prueba formal de la separación de bienes, atenta contra el principio de la prevalencia del derecho sustancial.

10.5 En cuanto al derecho a la seguridad social, éste no solo compromete al Estado sino también a la sociedad en general, con el fin de proteger la

persona "contra todos los riesgos de carácter social y contra las diferentes cargas de índole familiar."

10.6 "El objeto del control constitucional por los jueces no es mantener los textos de la ley fundamental sino, al contrario, vivificarlos, ampliarlos, extenderlos a las nuevas circunstancias de la vida real."

10.7 Finalmente, considera que se presentan los elementos que configuran la irremediabilidad del perjuicio dando lugar a la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio.

FUNDAMENTOS

La Señora Chaparro solicitó el reconocimiento de una pensión de invalidez a la que tendría derecho como consecuencia de la muerte de su madre de quien dependía económicamente. Su petición fue denegada por la institución de seguridad social y por el juez de tutela, debido a que la peticionaria mantenía intacto su vínculo matrimonial y, en consecuencia, la dependencia de su madre no quedó demostrada. La señora Chaparro reconoció la existencia de dicho vínculo pero, acto seguido, explicó al juez que desde hace veintiséis años se encuentra separada de su marido y que desconoce por completo su paradero. El problema jurídico que se plantea es entonces el siguiente: ¿puede el juez de tutela imponer el pago de una pensión respecto de una persona que solicita el reconocimiento de una sustitución pensional habiendo demostrado tan sólo fácticamente y no jurídicamente que no se encuentra en la situación de independencia económica que es propia de las personas casadas?.

1. Procedencia legal del reconocimiento de la pensión

1. La Corte Constitucional ha considerado que la protección del derecho a la seguridad social de las personas no entraña la posibilidad de reconocimiento de los derechos pensionales de las personas por parte del juez de tutela. La acción de tutela es un instrumento idóneo para solicitar el pago de una pensión ya reconocida por la institución de seguridad social respectiva. En este evento el peticionario es titular de un derecho reconocido como fundamental por esta Corporación. Sin embargo, cuando se trata de una pensión que aún no ha sido reconocida, el particular tiene derecho a obtener una decisión por parte de la administración con base en su derecho fundamental de petición, sin que ello lo libere de la obligación de cumplir con el trámite legal previsto para el reconocimiento. Al respecto ha dicho la Corte:

"Del examen del escrito de la demanda se desprende en forma indubitable que lo perseguido mediante el ejercicio de la acción de tutela es "*el reco-*

nocimiento de la pensión mensual Vitalicia de Jubilación". Un pronunciamiento orientado a dar cabal satisfacción a las pretensiones del peticionario, formuladas de la manera transcrita, rebasa el ámbito de la competencia del Juez de tutela, a quien, en eventos similares al presente, no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, pues fuera de carecer de competencia para ello, no cuenta con los elementos de juicio indispensables a la finalidad de resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende. En este sentido ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Constitucional en indicar que los fallos emitidos en materia de acción de tutela no tienen virtualidad para declarar derechos litigiosos, menos aún cuando de estos se predica su carácter legal. Así en sentencia No T-08 de 1992 se precisó que *"se dirige pues la acción de tutela no a la discusión jurídica sino al hecho (acción u omisión) concreto, irrefragable de desconocimiento del derecho fundamental... el punto lo sabe el Juez, es bien nítido. De manera que el Juez de la tutela no puede reemplazar al Juez competente para fallar en lo que le autoriza la ley, sino que su accionar es un medio de protección de derechos propios de la persona humana en su primacía"* (T-279 de 1993).

Los mismos criterios de reiteran en la sentencia T-346. En aquella ocasión dijo la Corte:

"Es cierto que el derecho a la pensión de jubilación es un derecho fundamental, como derivado del derecho de trabajo, y medio, en ocasiones necesario, para satisfacer las exigencias vitales. Pero una cosa es la certeza que se tenga de la violación de tal derecho, y otra muy distinta el que se pretenda por vía inadecuada discutir si hay o no título jurídico para tal derecho, como en el caso en estudio. Por ello la Sala considera que no es pertinente incoar la acción de tutela, por cuanto supone desconocer los medios ordinarios para dirimir controversias acerca de la titularidad de una pensión de jubilación. La acción de tutela no tiene como finalidad la solución de un conflicto de intereses, sino que tiende a la protección y restablecimiento de derechos fundamentales lesionados o amenazados, siempre y cuando exista nitidez en cuanto a la titularidad de los mismos. No corresponde a la filosofía de la tutela saber si hay o no titularidad, sino proteger a quien tiene un título jurídico cierto. No hay en el presente caso claridad si hay o no titularidad al derecho de pensión de jubilación por parte del actor, cuestión que tiene unos medios de jurisdicción ordinaria adecuados para dirimir ese conflicto entre el actor y la empresa accionada.

2. La posición de la peticionaria - sin desconocer la falta de uno de los requisitos legales anotados - se sustenta en la necesidad de establecer una excepción al principio general según el cual la tutela no es procedente para obtener el reconocimiento pensional, con fundamento en consideraciones

de justicia material y en la existencia de los hechos necesarios para la toma de una decisión judicial que aún no se ha producido. Un problema jurídico más específico se presenta en los siguientes términos: ¿los principios constitucionales que le otorgan prevalencia a la justicia material sobre los procedimientos, pueden servir de fundamento suficiente para obviar procedimientos legales encaminados al reconocimiento del derecho de la peticionaria?.

2.1. Uno de los argumentos de la demandante consiste en afirmar que no existe norma legal que imponga no estar casados a los hijos que pretenden un derecho de sustitución pensional respecto de sus padres. Si embargo, si la sustitución pensional es un derecho que pueden solicitar las personas que dependen económicamente de quien fuera el titular de la pensión, resulta obvio que si no se demuestra la condición de dependencia económica - como no lo pueden hacer los hijos casados respecto de sus padres - no se dan los supuestos de hecho que contempla la norma y por eso se estaría en presencia de una excepción.

Dicho en términos más específicos: la condición material de fondo que exige la ley para obtener el derecho a la sustitución pensional consiste en la dependencia económica del titular del derecho. El Decreto 1160 de 1989 - fundado en la Ley 71 de 1988- presume que se encuentran en esta situación las siguientes personas: 1) los hijos menores de 18 años, 2) los hijos inválidos de cualquier edad y 3) los estudiantes de 18 años o más que dependan económicamente del causante. De acuerdo con esto, la peticionaria debía demostrar: 1) que era inválida y 2) que dependía económicamente del titular del derecho, esto es de su madre.

2.2. En estas condiciones, corresponde a la peticionaria la carga de la prueba que desvirtúa la presunción de independencia dada por el matrimonio. Los hijos casados se presumen desligados económicamente de sus padres. Por lo tanto, es razonable que a la peticionaria, por el hecho de mantener su vínculo matrimonial, se le solicite la prueba de que no era independiente económicamente de su madre. El problema jurídico específico a este punto consiste en saber si el régimen probatorio que se impone a la peticionaria es el previsto formalmente en las normas civiles contempladas para la separación de bienes o, en cambio, en estas circunstancias existe un régimen de libertad probatoria.

2.2.1. La comunidad de bienes que se crea en una sociedad conyugal tiene connotaciones familiares y sociales de gran relevancia (C.C arts 1771 y ss). Esto se manifiesta, por ejemplo, en las acciones judiciales contempladas en beneficio de familiares o de acreedores. Todas ellas suponen la fijación de unos criterios objetivos para la delimitación y el tratamiento de esta comunidad de bienes. La uniformidad de estos procedimientos se vería seriamente afectada si cada institución involucrada en un asunto relacionado con la co-

munidad de bienes matrimoniales tuviese la posibilidad de fijar de manera más o menos libre los límites y el alcance jurídico de esta institución jurídica.

Las causales de la disolución de la sociedad conyugal están enumeradas en el artículo 1820 del Código Civil. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 1 de 1979 estableció que no existen causas de disolución distintas a las señaladas por el legislador. En consecuencia, según esta jurisprudencia, la sociedad conyugal perdurará hasta tanto no ocurra alguna de éstas causales. "Contraída la sociedad conyugal - dice la Corte Suprema de justicia - la voluntad de marido y mujer es incapaz de modificar las reglas legales que la rigen, por ser institución de orden público familiar, desde luego que por convenios particulares - según dice el art. 16 del C.C.- no pueden derogarse las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres". Y más adelante observa que "el régimen legal de la sociedad conyugal gobierna las relaciones económicas patrimoniales de los casados mientras la sociedad esté vigente, mientras no se disuelva por la ocurrencia de alguno de los motivos que la ley taxativamente ha erigido en causas de disolución de la sociedad conyugal". En este orden de ideas, cualquiera de las causales de disolución de la sociedad conyugal requiere para su efectividad de la sentencia judicial decretada por la autoridad competente o de la escritura pública derivada del mutuo acuerdo de los cónyuges (C.C art. 1820). La libertad probatoria, en este punto, queda descartada.

De otra parte, el régimen que determina la creación y terminación de la comunidad de bienes de la sociedad conyugal está regido esencialmente por el principio de la voluntad de cada una de las partes. Las reglas precisas sobre su existencia o inexistencia dependen en lo fundamental de normas facultativas. Estas dos características - relevancia social y voluntariedad - justifican una regulación estricta en materia probatoria y respaldan la acreditación formal de la separación de bienes en el caso de los hijos casados que pretendan obtener los derechos de sustitución pensional respecto de sus padres.

2. Confrontación entre reglas y principios

A juicio de la demandante - secundada por el Defensor del Pueblo - la norma que ordena la obligación de probar la separación de bienes respecto de los hijos casados que pretendan obtener una sustitución pensional, debe ceder frente a los principios propios de la efectividad de los derechos y de la justicia material cuando la separación de hecho esta probada por otros medios. Al respecto deben hacerse las siguientes consideraciones:

1. La prevalencia de la justicia material sobre los procedimientos tiene la naturaleza de un principio y, en consecuencia, su relevancia sólo puede ser

el resultado de un trabajo de sopesamiento con otros principios y reglas. La prevalencia absoluta de la justicia material es insostenible teóricamente e impracticable judicialmente. Ello entrañaría el desconocimiento de toda formalidad en beneficio de las consideraciones fácticas; el derecho se desvanecería en una especie de actividad política.

2. El principio de la prevalencia de la justicia material no puede traducirse en una eliminación de todas aquellas reglas que aplicadas de manera clara y específica a un caso concreto no producen el fin propuesto desde el punto de vista del sujeto afectado. Existe un ámbito de imponderables personales que pueden ser determinantes en el resultado que el derecho produzca en los individuos y que no pueden ser previstos por las normas jurídicas. La circunstancia de haber iniciado un proceso de separación veintiséis años atrás y no haberlo terminado pertenece a este ámbito en el cual el derecho -a diferencia de la moral, por ejemplo - exige cierta objetividad formal que no puede ser modificada so pena de inestabilidad e inseguridad jurídicas. Si el derecho no contara con este tipo de objetividad mínima, cada ciudadano podría poner de presente las más intrincadas y personales condiciones personales para poner en tela de juicio su sometimiento al derecho. Una visión completamente consecuencialista del derecho introduciría variables de tipo sicológico, ideológico, sociológico, etc, que serían imposibles de controlar. La aplicación del derecho sería totalmente impredecible y la práctica jurídica se convertiría en un juego de azar.

3. Un principio constitucional tienen una fuerza normativa que inspira y proporciona sentido a todo el ordenamiento jurídico pero que no es suficiente para imponerse por sí mismo ante cualquier regla inferior del sistema. Esta insuficiencia proviene de la necesidad de ponderación y adecuación que es propia de la aplicación de principios. En el caso presente, la justicia material entra en conflicto con otras principios como el de certeza, seguridad y objetividad jurídica. La solución a dicho conflicto debe resultar del análisis fáctico que se plantea ante el juez de tutela.

4. Los principios juegan un papel esencial en la interpretación jurídica, en especial cuando se presentan casos difíciles, producto del conflicto de varias normas. En el caso *sub judice* no existe propiamente un problema de interpretación. No se pone en tela de juicio la obligación de demostrar la separación de bienes; simplemente se solicita un tratamiento excepcional con el objeto de no cumplir con lo prescrito por la administración. Tampoco se trata de una situación en la cual la aplicación de una norma legal resulte en la imposibilidad de obtener un derecho. Todo indica que la señora Chaparro puede obtener sin dificultad la sentencia judicial de separación y que a partir de allí obtendrá el reconocimiento de la sustitución pensional. Al no conceder la tutela los jueces de instancia no conculcaron un derecho de la peticio-

naria, simplemente ordenaron seguir el procedimiento legal contemplado para el caso. Otra cosa sería si la señora Chaparro estuviese en imposibilidad de demostrar su separación de bienes o no existiese procedimiento previsto para el efecto. En este evento, el principio de justicia material podría prevalecer sobre cualquier consideración legal. En su caso, en cambio, las normas legales puestas en entredicho por la peticionaria son claras, razonables y eficaces para la obtención de su derecho. En estas circunstancias, la apelación a los principios no es conducente.

5. Las excepciones a las reglas que los jueces introducen en la interpretación del derecho con fundamento en la justicia material tienen que ser el resultado del carácter abiertamente contraproducente de la aplicación estricta de la misma. Las normas jurídicas son una especie de previsión de la realidad futura. En esta tarea el creador del derecho no siempre logra contemplar todas las variaciones fácticas posibles. Por eso se presentan casos en los cuales la aplicación directa y estricta de la norma contemplada, conduce a un resultado odioso o contraproducente que debe ser remediado mediante una interpretación que de prioridad a consideraciones de tipo material.

En estos eventos el juez obra como un intermediario que pone en sintonía el derecho con la realidad. En el caso planteado por la peticionaria la aplicación estricta del derecho no conduce a una situación absurda o a todas luces irrazonable. Es cierto que desde el punto de vista puramente humano las autoridades administrativas podrían ahorrarle a la señora Chaparro un trámite adicional dadas sus condiciones de desprotección. Sin embargo, estas condiciones no pueden ser un criterio absoluto, pues de ser ello así buena parte de la población tendría buenas razones para solicitar un tratamiento preferencial. En este caso, la aplicación estricta de la norma no cierra toda posibilidad para la obtención del derecho invocado por la peticionaria. En cambio, el otorgamiento de un trato excepcional a la peticionaria - al abrir la posibilidad de que las personas sustituyan los requisitos legales incómodos por la prueba de la existencia de los hechos que tales requisitos suponen -, desmoronaría el procedimiento establecido para el reconocimiento de la pensión y lo remplazaría por la acción de tutela . Al reducir el reconocimiento a las existencia de las condiciones fácticas necesarias, el derecho se materializa y la decisión judicial se su relativiza.

3. Síntesis

Las consideraciones precedentes conducen a una denegación de la tutela impetrada por las peticionaria. Los argumentos que han servido a la Corte para llegar a esta conclusión se sintetizan en los siguientes puntos: 1) la tutela no es un mecanismo adecuado para el reconocimiento de las pensiones. La jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara y enfática en este punto.

2) la ley establece que los hijos que dependan económicamente de sus padres pueden ser beneficiarios de la sustitución pensional. La ley presume que los hijos inválidos de cualquier edad dependen económicamente de sus padres. En el caso de la peticionaria existe una circunstancia que desvirtúa esa presunción: su vínculo matrimonial. En consecuencia, le corresponde aportar la prueba que elimine dicha contra-presunción. La importancia social del la comunidad de bienes matrimoniales y el carácter voluntario de esta institución, justifican la exigencia de una prueba formal de su existencia o inexistencia. 3) El principio constitucional de la prevalencia de la justicia material sobre las formas no se aplica cuando se trata de reglas claras cuya aplicación no conduce a resultados considerados como irrazonables. En estas condiciones, la peticionaria debe tramitar la disolución de su sociedad conyugal mediante el procedimiento establecido en el Código Procedimiento Civil en sus artículos 427 y siguientes.

RESUELVE

Primero- CONFIRMAR, por las razones expuestas, la sentencia del 14 de septiembre de 1994 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá.

Segundo- ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación se comunique esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., a los veintiún (21) días del mes de Febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

SENTENCIA No. T-059
de febrero 21 de 1995

MEDIOS DE COMUNICACION - Pluralismo

El acceso en condiciones de igualdad a los medios de comunicación, encuentra respaldo en el valor del pluralismo (C.P. art. 1) entendido como una condición de posibilidad de la realización de todos los demás valores, principios y derechos constitucionales. El pluralismo representa un espacio de libertad para la toma de decisiones que fundamenta y legitima el orden valorativo plasmado en la constitución política. Es en este sentido que se trata de un valor fundante del ordenamiento constitucional que explica e inspira todo el andamiaje institucional del Estado.

DERECHO A LA PARTICIPACION POLITICA / MEDIOS DE COMUNICACION / PROPAGANDA POLITICA

Los medios de comunicación también juegan un papel esencial en la articulación de prácticas sociales y en la configuración de la cultura nacional. Lo esencial de la práctica política consiste en la labor de persuasión de los votantes en torno a unas ideas o personas específicas. La utilización de los medios de comunicación social es un instrumento - quizás el más importante - para la realización de los objetivos buscados por la práctica política. Los partidos y movimientos políticos dependen hoy más que nunca de la publicidad. Buena parte de la lucha política actual se manifiesta en términos publicitarios o de imagen. Impedir esta posibilidad es tanto como truncar la participación.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION / DERECHO A LA IGUALDAD / PROPAGANDA POLITICA / PARCIALIDAD POLITICA - Falta de pruebas

El mensaje emitido en forma irregular e imperfecta viola el principio de igualdad y también el derecho a la libertad de expresión. La forma como se

comunican las ideas hace parte de la libertad de expresión. La obligación de trasmitir una comunicación entraña la obligación de hacerlo con las formalidades previstas por el emisor. Se trata de una obligación de resultado que no puede ser obviada con base en excusas de tipo técnico o logístico. De ocurrir inconvenientes de este tipo la emisora debe compensar al dueño del mensaje con otras emisiones, de tal manera que se equilibre su situación frente a los demás usuarios de la emisora. La emisora que no otorgue el mismo trato no solo vulnera el derecho a la igualdad sino también la libertad de expresión. El juez de tutela no encontró pruebas suficientes para demostrar la parcialidad política de la emisora en relación con la emisión de la propaganda del grupo político del peticionario. Si bien el juez consideró que existían serios indicios de parcialidad, en su opinión ellos no son suficientes para configurar una plena prueba.

Ref: Expediente T-49051

Actor: Francisco Javier Hoyos Ospina

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Temas: - Igualdad y radiodifusión de propaganda política

- Pluralismo como valor fundante del orden constitucional

- Libertad de expresión

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

La siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela T-49051 adelantado por Francisco Javier Hoyos Ospina contra la Emisora "Ecos de la Miel".

ANTECEDENTES

1. Francisco Javier Hoyos, en su calidad de presidente del movimiento político "Alternativa Cívica por Samaná", interpuso acción de tutela contra Gui-

llermo León García, director de la emisora "Ecos de la Miel". Considera el peticionario que el director de la emisora actúo de manera parcializada al favorecer la difusión de propaganda política del partido Conservador - actualmente en el poder -, relegando a un segundo plano la difusión de los mensajes de su propio movimiento. En su opinión, el comportamiento del señor García vulnera el derecho a la igualdad y la libertad de expresión de su movimiento. "En reiteradas ocasiones - explica el peticionario - nuestro movimiento Alternativa Cívica por Samaná, ha sido discriminado y marginado de gozar de los mismos derechos y libertades de opinión al cual si tiene acceso el candidato por el partido Conservador. Esta discriminación, se ve representada en la negativa que ha tenido el director de la emisora Ecos de la Miel, Guillermo León García, en transmitir por ese medio nuestra opinión política con falsos argumentos y evasivas, en varias ocasiones ha evadido sus responsabilidades y deberes al recibir con falacias y engaños a algunos de nuestros seguidores, cuando se le solicita el servicio de difusión de la publicidad política pagada a la cual tenemos todo el derecho de acceder."

2. Explica el peticionario que varias personas pertenecientes a su movimiento se acercaron a la emisora con el objeto de contratar sus servicios para transmitir propaganda política. No obstante haber recibido respuesta positiva de la emisora y haber pagado el valor de las cuñas, éstas nunca fueron trasmitidas. En relación con el candidato del partido conservador, en cambio, no sólo se difundió abundante propaganda política, sino que, además, se hicieron comentarios favorables a su candidatura. Según el petente, el Alcalde Municipal de Samaná utiliza la emisora para fortalecer sus propios intereses políticos y de esta manera viola el principio de igualdad consagrado en la Constitución.

En estas circunstancias, dice el peticionario, los dirigentes del movimiento se dirigieron por escrito al Ministerio de Comunicaciones, al Consejo Electoral y al Personero Municipal, informándoles de la discriminación de la que eran objeto. No obstante este reclamo, nunca recibieron respuesta.

3. Otros miembros del movimiento declararon para apoyar el planteamiento del señor Hoyos Ospina. Entre ellos se encuentra William Alzate Ortiz, quien se desempeña como tesorero del movimiento. Según este funcionario, luego de haber contratado los servicios de la emisora, constató personalmente la falta de difusión de los mensajes. Estima que esto se debe al compromiso político de la emisora con el Alcalde de Samaná. También declararon Carlos Ariel Clavijo Henao y John Jairo Clavijo Ocampo en el sentido de haber sentado protesta ante el director de la emisora, sin que ello hubiese conducido a explicación alguna. De otra parte, Guillermo Tobón Correa sostuvo que la propaganda contratada por él sí fue transmitida pero en forma deficiente, debido al mal funcionamiento de los equipos. Agrega que tenía entendido

que la Alcaldía era la propietaria de la emisora y critica la regulación de tarifas que ésta utiliza en la contratación de propaganda política.

Dos residentes de Samaná, ajenos al movimiento político y escuchas de la emisora declararon que la mayor parte de la propaganda difundida pertenecía al partido conservador.

4. De otra parte, Guillermo León García Castaño, director de la emisora, sostuvo que las cuñas políticas contratadas con el Movimiento Altemativa Cívica por Samaná se transmitieron en su totalidad. Explica que inicialmente la propaganda fue rechazada por ser demasiado extensa. Sostiene que los equipos de la emisora han sufrido daños y que nunca han sido manipulados para deteriorar la calidad de la emisión. Niega haber eludido cualquier explicación respecto a la emisión de propaganda del movimiento del peticionario.

5. Gloria Inés Clavijo de Arango, presidenta de la Junta Urbana de Acción Comunal de Samaná y encargada de llevar la contabilidad de la emisora, sostuvo que la Junta considera conveniente que se transmita todo tipo de propaganda de cualquier grupo político. Aseguró no haber recibido queja de las directivas del movimiento supuestamente afectado y explicó cómo, a diferencia del este movimiento, el grupo oficial conservador solicitó la propaganda en forma escrita y canceló oportunamente su valor.

6. El Personero Municipal de Samaná se disculpó ante el juez de tutela por no haber dado respuesta a la queja presentada por el movimiento Altemativa Cívica, poniendo de presente para tal efecto razones relacionadas con la falta de tiempo y aseguró que pronto entrará a estudiar dicho memorial y a tomar las medidas pertinentes.

Por su parte el Ministerio de Comunicaciones explicó las dificultades que tuvieron para tomar alguna medida respecto al caso, debido a que nunca recibieron las pruebas suficientes. En estas circunstancias, se limitaron a enviar una carta a la emisora informándole sobre las quejas relativas a su presunta parcialidad y violación de la Ley 130 de 1994 y a solicitar una corrección de tales anomalías.

7. En sentencia del 22 de septiembre de 1994 el juez Penal Municipal de Samaná denegó la acción con base en los siguientes argumentos:

7.1. La acción es improcedente. La situación que el peticionario tiene frente a la emisora demandada no es de aquéllas en las cuales procede la acción de tutela contra particulares.

7.2 El petente debió acudir a la vía judicial en procura de la resolución del contrato celebrado con la emisora. No se trata de la violación de un derecho

fundamental por parte de una autoridad pública, sino simplemente del incumplimiento de un contrato civil. Además, en ningún momento el peticionario agotó las instancias jerárquicas para resolver su problema.

7.3. La discriminación alegada por el peticionario no aparece plenamente probada por los testimonios presentados en favor de la solicitud de tutela.

7.4. La Ley 130 de 1994 señala las pautas que se deben seguir cuando una emisora incurre en parcialidad política.

7.5 No hubo violación del derecho a la libertad de expresión por parte de la emisora; en ningún momento se impidió que el peticionario difundiera y expresara sus opiniones.

7.6 No obstante la improcedencia de la acción, el juez reconoce que "es un hecho incuestionable que a la emisora "Ecos de la Miel" no se le ha dado el mejor de los manejos, ... porque la sensación que se tiene en la misma comunidad, la misma que el suscrito hasta hace poco, era que la emisora era propiedad de la administración municipal, ..." Señala, además, que el director de la emisora no parece tener un política definida y que existe discrepancia entre la presidenta de la Junta y el director de la emisora respecto de las políticas a emprender. No obstante la falta de certeza probatoria, se aprecia parcialidad en la propaganda difundida por la emisora.

"Para nadie es un secreto - dice el juez - que la administración Municipal apoya la candidatura del partido oficial conservador, y aunque no es menester de este despacho, ni es su intención inmiscuirse en asuntos de índole política, que atañen únicamente a las personas en el involucrada, si quiere dejar claro que el parcialismo político que se vive actualmente en la región, viola flagrantemente varios de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional. Lo que busca el despacho con esta breves inquietudes, es llamar a la reflexión tanto a los unos como a los otros a que se respeten las reglas del juego político, y la ciudad pueda vivir una verdadera fiesta democrática, y no que de pronto, y esperamos que así no suceda, éstas se vean manchadas con hechos lamentables."

7.7 Aunque la acción no va dirigida contra el Personero, el Juez se refiere a la importancia del derecho de petición a fin de que en el futuro se de una respuesta oportuna a las peticiones formuladas.

FUNDAMENTOS

El actor considera que la emisora Ecos de la Miel ha violado sus derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la igualdad consagrados en los

artículos 20 y 13 de la Constitución política. Sostiene el peticionario que la propaganda de su movimiento político no fue difundida en las condiciones estipuladas y que ello se explica por los vínculos de la emisora con el alcalde y su partido político. A continuación se analiza en abstracto la vulneración de los derechos invocados por el peticionario para luego abocar el problema probatorio involucrado en el caso. En primer término se estudiará el tema de la igualdad.

1. El derecho a la igualdad en la radiodifusión

1. La Ley 130 de 1994 establece en su artículo 28 que las emisoras deben otorgar la oportunidad a los partidos políticos de difundir su propaganda política en condiciones de igualdad. Según esta norma, "los concesionarios para la prestación de servicio de radiodifusión sonora y los periódicos que acepten publicidad política pagada, la harán en condiciones de igualdad a todos los partidos, movimientos y candidatos que lo soliciten".

1.1. El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado (C.P. art. 75). Esta Corporación se ha referido a la definición y características de este elemento en sentencia T-081 de 1993:

"Técnicamente, el espectro electromagnético es una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia. Las restricciones a su uso obedecen a limitaciones normativas, técnicas y físicas que deben ser respetadas para evitar abusos del derecho, interferencias o prácticas monopolísticas.

Las limitaciones normativas al uso del espectro electromagnético por los particulares obedecen a que este es parte del territorio colombiano (CP art. 101), y pertenece por tanto a la Nación (CP art. 102). Razones de soberanía y de seguridad, así como los principios de pluralismo informativo, democracia participativa e igualdad, justifican la intervención estatal en las actividades que hacen uso de este bien público en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

De otra parte, factores geográficos, económicos y tecnológicos hacen indispensable la intervención estatal con miras a garantizar las condiciones optimas de transmisión y de uso adecuado de este bien público".

1.2. El artículo 75 de la C.P. prohibe las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético con el fin de garantizar el pluralismo informativo y la competencia.

1.3. De otra parte el artículo 5° del Decreto 1480 de 1994 establece que al "servicio de radiodifusión sonora le son aplicables los derechos, garantías y deberes previstos en la Constitución Política y los principios fundamentales de los servicios de telecomunicación establecidos en el Título I del Decreto-Ley 1900 de 1990, o las normas que lo modifiquen, adicionen o aclaren". A su turno el artículo 6 del Decreto 1900 de 1990 establece que "El Estado garantizará el pluralismo en la difusión de información y en la presentación de opiniones, como un derecho fundamental de la persona, del cual se deriva el libre acceso al uso de los servicios de telecomunicaciones".

La normas que acaban de ser reseñadas ponen de presente la vinculación de la radiodifusión de propaganda política con el derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Además, encuentran fundamento en el valor del pluralismo (C.P. art. 1), y en el derecho a la participación política (C.P. art. 40-3). A continuación se hace alusión a estos dos puntos adicionales.

2. El valor del pluralismo en los medios de comunicación social

1. El acceso en condiciones de igualdad a los medios de comunicación, expresado en el artículo 28 de la Ley 30 de 1994 - además de los fundamentos anotados - encuentra respaldo en el valor del pluralismo (C.P. art. 1) entendido como una condición de posibilidad de la realización de todos los demás valores, principios y derechos constitucionales. En efecto, la axiología constitucional se explica como el resultado de una opción libre y plural de varias posibilidades. Es aquella libertad lo que permite esta opción. Dicho en otros términos, el pluralismo representa un espacio de libertad para la toma de decisiones que fundamenta y legitima el orden valorativo plasmado en la constitución política. Es en este sentido que se trata de un valor fundante del ordenamiento constitucional que explica e inspira todo el andamiaje institucional del Estado.

2. Además de esta connotación fundacional, el pluralismo también es un principio y una regla de comportamiento de obligatorio e inmediato cumplimiento en diferentes ámbitos de la vida social. La actividad política es el más importante de estos ámbitos. Allí se establece una conexión entre el artículo 1 de la Carta con el derecho a la participación política (C.P. art. 40, 108 y ss). La idea del pluralismo responde pues a una necesidad democrática. El ejercicio del poder debe ser el resultado de una competencia entre diferentes fuerzas sometidas a las mismas reglas de juego y no, como sucede en los sistemas de concentración de poderes, el producto de un *status* social o simplemente de la fuerza.

3. En todos los sistemas políticos y de manera especial en el régimen democrático y pluralista, la comunicación juega un papel esencial en la defini-

ción y configuración del poder. Ningún gobernante, o persona que aspire a serlo, puede minimizar la importancia de la creación de una determinada imagen a través de la comunicación social. La fuerza de las armas es indispensable pero insuficiente para consolidar un poder. Esta verdad bien conocida por los políticos de todos los tiempos constituye hoy en día, en la era de la comunicación de masas, la preocupación esencial de todos los movimientos y partidos políticos. De ahí la importancia que el texto constitucional le otorga al principio de igualdad en la participación política.

3. El derecho a la participación política

1. Los medios de comunicación también juegan un papel esencial en la articulación de prácticas sociales y en la configuración de la cultura nacional. Es por eso que el artículo 4° del Decreto 1480 de 1994 establece que "el servicio de radiodifusión sonora está orientado a impulsar el desarrollo político, económico y social del país, para elevar el nivel y la calidad de vida de sus habitantes, a difundir e incrementar la cultura, la información y a afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana. Por tanto, todos los concesionarios tendrán la obligación de ajustar sus programas a los fines indicados difundiendo la verdad, procurando preservar la salud mental y física de la población y enalteciendo las tradiciones nacionales, la cohesión social, la paz nacional y la cooperación internacional".

2. Lo esencial de la práctica política consiste en la labor de persuasión de los votantes en torno a unas ideas o personas específicas. La utilización de los medios de comunicación social es un instrumento - quizás el más importante - para la realización de los objetivos buscados por la práctica política. Los partidos y movimientos políticos dependen hoy más que nunca de la publicidad. Buena parte de la lucha política actual se manifiesta en términos publicitarios o de imagen. Impedir esta posibilidad es tanto como truncar la participación. La Corte Constitucional se ha referido a este tema en los siguientes términos:

"El derecho a constituir partidos y movimientos políticos, formar parte de ellos y difundir sus ideas y programas tiene la naturaleza de un derecho fundamental de origen constitucional, atribuido a todo ciudadano colombiano, con miras a que pueda participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Con respecto al ejercicio del poder político y social por parte de las personas, la Constitución de 1991 representa la transferencia de extensas facultades a los individuos y grupos sociales. El derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el derecho de petición, el derecho de reunión, el derecho de información o el derecho de acceder a los documentos públicos, entre otros,

permiten a los ciudadanos una mayor participación en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas (C-089 del 3 de marzo de 1994)".

4. Consideraciones relativas al caso *sub judice*

1. Samaná es un pequeño pueblo del departamento de Caldas. El movimiento político del peticionario lucha por obtener el poder y para ello realiza una campaña política que no sobrepasa el ámbito municipal y en la cual la radio local representa un medio de comunicación de especial importancia. Las reglas de juego de este microcosmos político no se diferencian en lo esencial de las normas que regulan la competencia departamental o nacional. El principio de igualdad debe ser aplicado con el mismo rigor en todas estas palestras políticas. La concentración del poder político y la imparcialidad de una emisora violan el derecho de las minorías políticas, sin importar que se trate de una pequeña localidad o de una cadena radial con alcance nacional. El análisis de la libertad de expresión debe estar vinculado al contexto en el cual se difunden las ideas. Los objetivos y el impacto de cada medio deben ser tenidos en cuenta en el análisis de la igualdad.

2. El respeto de la igualdad en esta materia no solo implica la transmisión del mensaje. El mensaje emitido en forma irregular e imperfecta viola el principio de igualdad y también el derecho a la libertad de expresión. La forma como se comunican las ideas hace parte de la libertad de expresión. La obligación de trasmitir una comunicación entraña la obligación de hacerlo con las formalidades previstas por el emisor. Se trata de una obligación de resultado que no puede ser obviada con base en excusas de tipo técnico o logístico. De ocurrir inconvenientes de este tipo la emisora debe compensar al dueño del mensaje con otras emisiones, de tal manera que se equilibre su situación frente a los demás usuarios de la emisora. La emisora que no otorgue el mismo trato no solo vulnera el derecho a la igualdad sino también la libertad de expresión.

3. El juez de tutela no encontró pruebas suficientes para demostrar la parcialidad política de la emisora "Ecos de la Miel" en relación con la emisión de la propaganda del grupo político del peticionario. Si bien el juez consideró que existían serios indicios de parcialidad, en su opinión ellos no son suficientes para configurar una plena prueba. Esta Corporación acoge las conclusiones adoptadas por el juez de instancia en esta materia. La imposibilidad de reconstruir las emisiones realizadas durante la campaña electoral y la dificultad para derivar certeza de los testimonios recogidos impiden un pronunciamiento categórico sobre lo sucedido durante aquel período. En consecuencia se denegará la acción de tutela interpuesta por el señor Francisco Javier Hoyos Ospina.

DECISION

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia del 22 de septiembre de 1994 del Juez Penal Municipal de Samaná por las razones expuestas en esta providencia y, en consecuencia, denegar la tutela impetrada.

Segundo.- LIBRAR comunicación al Juzgado Penal Municipal de Samaná, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA. SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., a los veintiún (21) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)).

SENTENCIA No. T-060
de febrero 21 de 1995

CONTROVERSIA FAMILIAR / VIOLENCIA MORAL / TUTELA CONTRA LOS HIJOS - Venta de inmueble

La peticionaria - que sólo acreditó la existencia de una situación familiar de desavenencia que no alcanza a ser calificada de violencia familiar - está demandando del ordenamiento jurídico una contribución que supera su capacidad para incidir en el cuerpo social. La solución a los problemas de la peticionaria debe ser encontrada, en estas circunstancias, en el ámbito moral propio de las relaciones intersubjetivas familiares y no en el derecho. La tutela sin embargo, si se llegaren a presentar hechos nuevos indicadores de maltrato físico o psíquico, y si éstos se demuestran de manera fehaciente, la actora podrá interponer la acción de tutela, de reunirse los demás requisitos establecidos en la Constitución y la ley.

Ref.: Expediente T-51952

Actor: Débora Esther Márquez

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Temas:

- Límites de la regulación jurídica relativa a la familia
- Derecho y moral en el ámbito de las relaciones familiares
- Desavenencia y violencia en el seno de la familia

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela número T-51952 promovido por la señora Débora Esther Márquez, contra sus hijos Wilfredo y Jorge Rosario Márquez.

ANTECEDENTES

La señora Débora Esther Márquez Fadul interpuso acción de tutela en contra de sus hijos Wilfredo y Jorge Rosario Márquez. La peticionaria considera que estos le impiden el libre desarrollo de su personalidad y le dispensan un trato inapropiado para una persona de la tercera edad. La actora fundamenta su petición en los siguientes hechos:

1) En 1960, en compañía de su esposo, adquirió un predio que fue registrado como propiedad del señor Antonio María Rosario. Sobre este terreno se edificó la vivienda en la que actualmente reside.

2) Poco tiempo después, al ser abandonada por su cónyuge, la peticionaria quedó a cargo de sus trece hijos. Para cumplir con sus obligaciones trabajó como aseadora del municipio de Montería. Actualmente se encuentra jubilada y comparte la vivienda con sus hijos Wilfredo y Jorge quienes viven con sus respectivas esposas e hijos.

3) La petente afirma que sus hijos desean que el inmueble sea vendido y, de esta manera, obtener la parte que les corresponde como herederos de su padre, quien falleció hace algunos años. Ante la negativa de la señora Márquez, sus hijos han decidido presionarla por medio de insultos constantes, observando un comportamiento grosero y disoluto.

4) La demandante solicita que sus hijos sean obligados a mantener frente a ella un trato respetuoso, acorde con su edad (68 años) y a observar un comportamiento decoroso mientras residan a su lado.

5) Varios hijos de la señora Márquez, así como un vecino, rindieron testimonio ante el juez promiscuo de Familia de Montería. Aunque reconocen que su comportamiento ha sido poco respetuoso, señalan que nunca han amenazado su integridad física o psíquica.

6) El Juez Primero Promiscuo de Montería denegó la acción incoada por la petente. En su decisión considera que la tutela interpuesta por la señora Márquez no encuadra en ninguna de las causales taxativas que se requieren para que la tutela proceda en contra de un particular.

FUNDAMENTOS

La señora Débora Esther Márquez considera injusto el trato que recibe de sus hijos. Estos se niegan a obedecerla y la insultan constantemente. Resalta el hecho de que trabajó durante toda su juventud para criarlos mientras fueron unos niños y que, más adelante, ya adultos, no dudó en abrirles las puertas de su casa cuando enfrentaron problemas económicos.

De los hechos narrados el fallador de única instancia no pudo deducir una clara violación a los derechos de la accionante. En su opinión, no se configura un estado de indefensión que sirva de fundamento a un acción de tutela en los términos del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. La peticionaria goza de buena salud y el pago de su pensión por jubilación le proporciona los recursos necesarios para vivir dignamente.

En estas circunstancias, el asunto que plantea la demanda se refiere a la posibilidad de que el derecho intervenga en las relaciones familiares para solucionar problemas intersubjetivos que no alcanzan a constituir una violación directa de un derecho fundamental. Dicho en otros términos, el problema jurídico planteado por la peticionaria depende de la delimitación entre el derecho de familia y la acción de tutela. La pregunta es la siguiente: ¿cuándo un problema previsto por el derecho de familia puede convertirse en objeto de una acción de tutela?. A continuación se analiza este problema.

A. La familia y la Constitución

1. La Carta Política de 1991 reconoció el valor de la familia como célula básica de la sociedad y ordenó su protección por parte de la Sociedad y del Estado. Además, reconoció la igualdad de derechos y deberes de la pareja. Consagró como derechos fundamentales la honra, dignidad e intimidad de la familia y el derecho de todos los niños a pertenecer a una familia. Así mismo impuso a la ley la tarea de definir lo concerniente a la progenitura responsable, el matrimonio y el estado civil en general.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades en relación con la familia como institución. En la sentencia T-278 de 1994, expresó al respecto: "*La familia ha sido considerada siempre como la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre. En su núcleo esencial esta visión no ha cambiado ni siquiera en nuestros días. Sin embar-*

go, actualmente se prefiere poner de relieve todo lo que en la familia representa la aportación personal del hombre y de la mujer.

En efecto, la familia es una comunidad de personas, para las cuales el propio modo de existir y vivir juntos es la comunión: "communio personarum" (la cual se refiere a la relación personal entre el "yo" y el "tu"). La familia, comunidad de personas, es por consiguiente la primera "sociedad". Surge cuando se realiza la alianza del matrimonio (en cualquiera de sus formas) que abre a los esposos "a una perenne comunión de amor y de vida" y se completa plenamente y de manera específica al engendrar los hijos.

(...)Así, la familia es la primera institución social, que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social. La familia es anterior a la sociedad y al Estado, entidades que están instituidas en primer lugar para servir al bienestar de la familia, del cual dependen las condiciones de la sociedad y del Estado. "

2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tratado el tema de la familia bajo dos puntos de vista. El primero se refiere a las relaciones que el grupo familiar mantiene con la sociedad. El segundo se ocupa de las relaciones intra-familiares. En relación con el primer enfoque, se ha pretendido evitar que los derechos fundamentales de los integrantes del núcleo familiar sean vulnerados por terceros. En esta materia, la Corte ha hecho énfasis especial en los desarrollos del derecho a la igualdad.

3. Desde la perspectiva intrafamiliar, la jurisprudencia constitucional se ha concentrado en las violaciones a los derechos fundamentales que tienen lugar dentro del contexto de la esfera familiar. El criterio que impera en esta materia es el de la defensa de los derechos de los niños y el de la interdicción de toda forma de violencia familiar (C.P. art. 44). La acción de tutela desplaza las acciones previstas por la legislación ordinaria en aquellos casos en los cuales el estado de indefensión de uno de los miembros del grupo familiar - física o psíquica - justifica una intervención pronta del juez, con el objeto de proteger un derecho fundamental.

B. La familia y la acción de tutela

1. El derecho tiene fines diversos que van desde la consecución de los elementos básicos de la convivencia pacífica y del orden, hasta el logro de las condiciones necesarias para el bienestar y la felicidad de los individuos. Estos objetivos se relacionan de tal manera, que unos constituyen medios para la consecución de otros. Así por ejemplo, las restricciones al uso indiscriminado de la violencia son un medio para lograr el progreso social; este a su vez es un medio para conseguir el bienestar, etc. Este carácter escalonado de los fines del derecho pone de presente la interdependencia de las metas

y, en consecuencia, determina un orden de prioridades que incide en la fuerza normativa de los principios constitucionales que los consagran. Dicho en otros términos, los fines del derecho son múltiples, su ejecución se produce de manera escalonada y su importancia normativa depende del grado de realización de los demás fines que operan como condiciones de posibilidad.

2. El derecho es ante todo un instrumento de convivencia. Si el bienestar y la felicidad de los hombres pueden estar en la mira de un ordenamiento jurídico ello se debe a que este crea las bases necesarias para que aquello sea posible. Pero el derecho no es una doctrina filosófica o religiosa que centre su atención en el aspecto interno de la conducta. Más aún, con frecuencia dicho aspecto interno se encuentra resguardado por el mismo derecho a través del principio de la libertad individual.

3. La familia es un objeto de regulación de enorme importancia jurídica y moral. Sin embargo, el derecho encuentra allí límites claros y precisos a su capacidad reguladora. Las condiciones requeridas para que la familia se constituya en un ideal social e individual son múltiples y sólo una parte relativamente pequeña corresponde al derecho. La familia es ante todo una cultura y una manera de percibir la realidad a través de unos valores específicos. Esta cultura familiar no sólo no puede ser directamente lograda por el derecho, sino que constituye un ámbito de libertad que debe ser protegido de toda inferencia institucional.

4. Los fines constitucionales relacionados con el núcleo familiar, sólo pueden ser entendidos como medios para la realización de fines superiores, tales como la felicidad individual o colectiva. El derecho juega un papel importante en la construcción de este ideal social, pero su contribución siempre es insuficiente, debido a que su función es de mediación y no de resultado. La peticionaria - que sólo acreditó la existencia de una situación familiar de desavenencia que no alcanza a ser calificada de violencia familiar - está demandando del ordenamiento jurídico una contribución que supera su capacidad para incidir en el cuerpo social. La solución a los problemas de la señora Márquez debe ser encontrada, en estas circunstancias, en el ámbito moral propio de las relaciones intersubjetivas familiares y no en el derecho. La tutela, en este caso, es improcedente, por razones puramente probatorias. En efecto, si la conducta de un miembro de la familia hacia otro - máxime si se trata de la madre anciana -, exhibe rasgos de violencia física o psíquica, se hace patente la violación de derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política, y la acción de tutela, en ausencia de otro medio judicial eficaz, podría servir de cauce procesal para poner término a la vulneración. Sobre este particular, ha señalado la Corte Constitucional:

"De la naturaleza humana se desprende inevitablemente el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí. Ese

derecho comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre (...).

La Constitución no ha sido ajena a estos valores, deducidos de la dignidad del ser humano y, en consecuencia, estatuye entre sus principios fundamentales el plasmado en el artículo 5º: "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad".

Por su parte, el artículo 42 ejiusdem establece en el inciso 3º que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre sus integrantes. Ni aquélla ni éste pueden hacerse realidad en un clima de resentimiento y contradicciones que sacrifique al hijo para satisfacer la egoísta defensa del interés personal de cada uno de los padres.

El inciso 4º del mismo artículo prescribe que cualquier forma de violencia - ella puede ser moral o material- se considera destructiva de la familia, de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley" [1].

Dado que las pruebas allegadas al expediente, no son suficientes para determinar la existencia y el grado de la violencia moral supuestamente ejercido contra la madre, no se concederá. Sin embargo, si se llegaren a presentar hechos nuevos indicadores de maltrato físico o psíquico, y si éstos se demuestran de manera fehaciente, la actora podrá interponer la acción de tutela, de reunirse los demás requisitos establecidos en la Constitución y la ley.

5. El ámbito familiar y el sistema jurídico pueden ser representados por dos círculos secantes, entre los cuales hay una zona de común interés. En este espacio de intersección las reglas jurídicas están orientadas a regular de manera preferencial los dos siguientes aspectos: 1) la organización básica de las relaciones que la familia mantiene con el resto de la sociedad. De esta manera se identifica y se hace efectiva la institución familiar desde el punto de vista social. Son normas que determinan, por ejemplo, aspectos relativos al matrimonio, la filiación, la adopción, etc.; y 2) la convivencia armónica esencial entre los integrantes del grupo familiar. Aquí el derecho proporciona los mecanismos necesarios para la ventilación y solución de los conflictos intrafamiliares y, de manera especial, crea los medios para la protección de los

---

1. Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Jose Gregorio Hernández Galindo.

derechos de los menores frente a sus padres. La función social del derecho es pues amplia y esencial pero limitada e insuficiente.

C. Conclusión

1. La señora Márquez acude a la acción de tutela con el objeto de que sus hijos le obedezcan y se comporten de manera respetuosa mientras permanezcan en su casa. La conducta de los hijos puede ser reprochable desde el punto de vista moral. Sin embargo, este problema escapa al ámbito de regulación familiar que corresponde al derecho. 2. De las pruebas allegadas al expediente no es posible deducir una violación de los derechos fundamentales de la señora Débora Márquez, pues ellas no son demostrativas de una clara situación de violencia familiar o maltrato, psíquico o físico, configurando apenas una situación de aparente desavenencia familiar ajena al derecho. Tampoco puede ser determinado el estado de indefensión de la peticionaria frente a sus hijos. En consecuencia, la tutela interpuesta será denegada, por ser un medio judicial improcedente para solucionar el problema planteado.

DECISION

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia del seis de Octubre de 1994 del Juez Primero Promiscuo de Familia de Montería, por las razones expuestas en esta providencia y, en consecuencia, denegar la tutela impetrada.

Segundo.- LIBRAR comunicación al Juzgado Primero Promiscuo de Montería, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., a los veintiún (21) días del mes de Febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)).

SENTENCIA No. T-061
de febrero 21 de 1995

DERECHO A LA EDUCACION - Nota académica / **AUTONOMIA UNIVERSITARIA / UNIVERSIDAD SUCRE**

Los establecimientos de educación superior mediante la expedición de sus normas, en virtud de la garantía institucional de la autonomía, deben procurar por la calidad de la educación. De ahí la importancia de la autorregulación universitaria para que, en ejercicio de la misma, se señalen unas pautas mínimas para que la enseñanza responda a las expectativas y necesidades sociales, dicho en un concepto de calidad de la educación que también tiene consagración constitucional. Por tanto, la conducta de la Universidad de Sucre no lesiona el derecho a la educación, pues no está impidiendo el acceso de los estudiantes a la Universidad, sino procurando el respeto a la calidad académica, que es consustancial a la naturaleza y función de la universidad.

Ref.: Expediente No. T-52184

Peticionario: Liby Medina Ortega y otros

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., febrero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Procede la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Jorge Arango Mejía, a revisar los fallos proferidos por el Juez Segundo Municipal de Sincelejo, de fecha 13 de septiembre de 1994 y por el Juez Tercero Penal del Circuito de Sincelejo del día 14 de octubre de mil 1994, adelantado por el Defensor del Pueblo de Sucre, Dr. Alfonso Urzola Revollo, en representación de los estudiantes Liby Medina Ortega, Juan Figueroa Hernandez y Ana Romero Contreras contra la UNIVERSIDAD DE SUCRE.

El negocio llegó a conocimiento de esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional por la vía ordinaria de remisión que hizo el Juez Tercero Penal del Circuito de Sincelejo, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Conforme a los artículos 86 de la C.P. y 33 del Decreto Ibidem, la Sala de Selección de la Corte eligió para su revisión la presente acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

Los Hechos

Según obra en el expediente, los hechos que motivan la presente acción de tutela se resumen en lo siguiente:

1. Los señores Liby Medina Ortega, Juan Figueroa Hernandez y Ana Romero Contreras, todos estudiantes de la Universidad de Sucre acudieron a la Defensoría del Pueblo, para que el profesional responsable de ese organismo, en nombre y representación de ellos, interpusiera acción de tutela contra la universidad citada, por haber vulnerado sus derechos a la educación y al debido proceso.

2. El doctor Alfonso Urzola Revollo, Defensor del Pueblo, Seccional de Sincelejo, y en representación de Liby Medina Ortega, Juan Figueroa Hernández y Ana Romero Contreras al interponer la acción de tutela, dice que estos estudiantes, del VII semestre de Licenciatura en Matemáticas, en la Universidad de Sucre, cursaron la práctica Docente I, obteniendo una calificación de 3.3 pero al momento de presentarse a inscribir la materia Práctica II, la inscripción les fue negada por el Jefe del Departamento de Matemática y Física, alegando que la nota mínima aprobatoria es de 3.5.

3. El fundamento de la negativa a la inscripción está, según el Jefe del Departamento de Matemática y Física, en el Acuerdo No. 25 de septiembre de 1993, norma que debe aplicarse de preferencia al acuerdo No. 042 de diciembre del mismo año, conforme al concepto de la oficina jurídica de la Universidad, por cuanto el primero es norma particular, que prima sobre la general.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES MATERIA DE REVISION

A. Sentencia de primera instancia

Por reparto correspondió este proceso al Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo, despacho que por sentencia de 13 de septiembre de 1994, resolvió conceder la tutela, con base en las siguientes consideraciones.

- Luego de resaltar el carácter de fundamental del derecho al debido proceso, afirma que el artículo 29 de la Carta es de obligatoria e ineludible observancia en toda clase de actuaciones, tanto judiciales como administrativas. Igualmente, después de analizar el material probatorio allegado a la actuación, esto es: copia del reglamento estudiante (Acuerdo No. 042 de Dic. 21 de 1993), y copia auténtica de la resolución No. 025 de septiembre de 1993, oficio emanado de la Oficina Jurídica de fecha 22 de julio de 1994, dirigido al doctor Humberto Domínguez, y oficio de fecha 8 de agosto de 1994, concluye que "En el caso sometido a estudio se infiere que la medida adoptada por la Universidad no se ciñó a lo establecido en el reglamento estudiantil expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Universitaria de Sucre (acuerdo No. 042 de 1993), que establece en su artículo 101 literal c) "que una asignatura se considera aprobada cuando sea calificada de 3 a 5", sino que, por el contrario, consideró la Oficina Jurídica que debía dársele aplicación a la resolución 025 de septiembre de 1993, por ser una disposición especial para este asunto". Que considerando la decisión judicial "se observa que no procedió alguna comunicación a los educandos Liby Medina Ortega, Juan Figueroa y Ana Romero Contreras, quienes sólo en el momento de presentase a inscribirse en la materia Práctica Docente II, ésta les fue negada por el Jefe de Departamento de Matemáticas y Física, lo cual debía hacerse por medio de resolución que no se hizo, limitándose inicialmente a la comunicación por parte del Jefe de Matemáticas". Afirma también el Juez de primera instancia que, "cuando dicha actuación tenga que ver con imposición de sanciones, no se debe perder de vista que toda actuación sancionatoria debe ceñirse al debido proceso, por lo tanto, concluye que: "En el caso de estudio existen dos normas que se contraponen en su contenido, pues la resolución No. 025 de septiembre de 1993 art. 5o., establece que la nota mínima para aprobar la asignatura en práctica docente, será de 3.5, mientras que el Acuerdo No. 042 de 21 de diciembre de 1993 consagra en su artículo 101, literal c), que una asignatura se considera aprobada cuando sea calificada de 3.0 a 5.0. Este acuerdo señala en su artículo 194 que deroga todas las disposiciones que le sean contrarias".

Por las consideraciones anteriores el Juez de Tutela resuelve tutelar el derecho fundamental al debido proceso, en razón a que: "debía dársele aplicación al principio de favorabilidad por cuanto el hecho de no permitirle a los estudiantes la matrícula de la materia práctica docente II, está originando una sanción emitida por una autoridad administrativa, lo cual no puede utilizar como fundamento una norma cuya existencia no es clara, por ello al existir dos normas jurídicas contrapuestas debe aplicarse la que cause menor perjuicio y la que garantice el debido proceso". Y en consecuencia, ordena al Rector de la Universidad de Sucre, autorizar de manera inmediata la matrícula a los educandos en la Práctica Docente II.

B. Impugnación

El Rector de la Universidad de Sucre, doctor Gustavo Vergara Arrazola, dentro de la oportunidad legal impugnó la anterior sentencia.

En escrito de censura, analiza el alcance de la autonomía universitaria y las leyes que regulan esa garantía constitucional (Ley 30 de 1992 y Decreto Ley 80 de 1980), para afirmar que "Ambas normatividades contemplan la existencia de un Consejo Superior y de un Consejo Académico, caracterizándose cada uno de ellos de manera diferente, tanto en su estructura y conformación, como en sus funciones.

También expone, en el escrito impugnatorio lo siguiente:

"En cumplimiento de tales funciones el Consejo Superior expidió el reglamento estudiantil, y el Consejo Académico expidió la Resolución #025 de 1993, que reglamenta la prÁctica docente y que se enmarca dentro de una política académica estudiantil, ya que en el artículo primero se considera ésta como un proceso y no como una asignatura en sentido estricto, en efecto, el artículo dice: 'La práctica docente es un proceso mediante el cual el estudiante o alumno maestro, confronta y aplica su preparación académica con el desempeño de una actividad docente que lo ubica de manera crítica ante su futura realidad'. Del desarrollo de los siguientes artículos podemos comprobar que forma parte de la política académica de la Universidad de Sucre, darle un tratamiento especial a la práctica docente." y concluye afirmando que la norma aplicable es la Resolución No. 025 de septiembre de 1993.

"El artículo 28 de la Ley 30 citada, reconoce a las Universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos en cumplimiento del principio de la AUTONOMIA UNIVERSITARIA consagrado en el artículo 69 de la Constitución Nacional que establece 'se garantiza la Autonomía Universitaria. Las Universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de acuerdo con la Ley...'.

"Con fundamento en todo lo anterior la UNIVERSIDAD expidió tanto el reglamento Estudiantil emanado de la autoridad que traza las políticas generales (Consejo Superior) como la Resolución 025 emanada de la Autoridad que traza las políticas Académicas, (Consejo Académico)."

"El reglamento estudiantil que regía antes del actual, era el Acuerdo # 018 de 1983 y en él se contemplaba, en su artículo 69 que la calificación aprobatoria de una asignatura es de 3.0. **Posteriormente se expidió la Resolución 025 del 15 de septiembre de 1993 emanada del Consejo Académico de la Universidad y que reglamentó específicamente la práctica docente y en**

su Artículo 5 determinó que la nota mínima aprobatoria de la PRACTICA DOCENTE I será de 3.5 es decir, se trata de una norma particular especial, resultado del tratamiento especial que se da a dicha práctica. Esta resolución rige para todos los estudiantes que cursen práctica docente, sin que sea menester darle a cada uno de los estudiantes una información especial de su existencia, como no es menester hacerlo con ninguna otra norma, las cuales deben conocer. Esta norma, LA REGLAMENTACION DE LA PRACTICA DOCENTE, rige para todos los estudiantes y no fue, como parece haberse interpretado, una disposición exclusivamente dirigida a los tres estudiantes que iniciaron la Tutela. Las dos normatividades aludidas han coexistido desde sus promulgaciones."

Igualmente expresa que el Juzgado de conocimiento alude al debido proceso en forma equivocada, pues a los estudiantes no se les había sancionado, ni se les ha configurado, ni se les ha impuesto decisión alguna que no obedeciera a normas preexistentes por ellos conocidas. La Universidad no tenía por qué expedir comunicación ni resolución alguna con relación a los estudiantes que pierden alguna materia, pues es una situación normal en la vida académica.

C. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sincelejo resolvió el día 14 de octubre de 1994, revocar el fallo proferido en primera instancia por el Juez Segundo Penal Municipal de fecha 13 de septiembre de 1994, con base en los siguientes razonamientos:

Luego de analizar jurídicamente la naturaleza y los elementos del derecho al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, concluye que este derecho fundamental debe aplicarse tanto a actuaciones judiciales como administrativas.

Afirma también en su decisión que "tanto en el escrito de tutela elevado por el Defensor del Pueblo, como en el fallo proferido por el funcionario de primera instancia, se ha asimilado la negativa de ordenar matricular a los estudiantes supuestamente afectados, a una sanción, la que consecuencialmente conforme a la decisión está vulnerando el derecho a la educación". Continúa en su fallo manifestando que "disentimos totalmente de esa posición por muchas razones. En primer lugar encontramos que los alumnos ... no aprobaron la práctica docente I. Esta afirmación es el resultado del análisis de las dos disposiciones controvertidas: la resolución 025 que regula la práctica docente y el acuerdo 042 que establece el reglamento estudiantil, considerando de aplicación para el caso de estudio". Y concluye que "en virtud de la Ley 57 de 1887 cuando exista incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal prefería aquella ... Pues bien, en verdad, en

el reglamento estudiantil de la Universidad de Sucre, acuerdo 042 de 1993, no se regula lo pertinente a la Práctica Docente. El reglamento se pronuncia sobre las materias en general, artículo 101, más no sobre la práctica, que si bien los estudiantes la consideran una materia más, está revestida de especialidad sobre las teóricas, en razón de su función, que no es otra que la de procurar la mejor formación a los estudiantes que en futuro serán los educadores. De ahí la exigencia de una calificación más alta, porque entregar el centro educativo superior a licenciados o educadores, sin la suficiente capacidad de docencia, genera un desastre educativo.

"Comparte esta instancia los fundamentos del Rector puesto que siendo la resolución 025, la norma especial, debe tener aplicación preferencial sobre la general: Acuerdo 042, aún más habiendo quedado sin regulación el reglamento estudiantil".

Continúa el juez de tutela de segunda instancia en su proveído judicial que "Aquí nos encontramos frente a un proceso administrativo, ... puesto que se trata de aplicar sanciones...pero en el caso que nos ocupa es el mismo estudiante quien se está excluyendo de la lista de admitidos al no aprobar todas las materias. La situación no comporta una violación al debido proceso, ni el derecho de defensa, mucho menos del derecho a la educación porque a pesar de que los tres estudiantes no pueden ingresar al siguiente curso práctico, no por ello se le está impidiendo continuar sus estudios".

Igualmente considera el juez de segunda instancia que la orden proferida por la primera instancia es un exceso en el trámite ya que la orden judicial debe estar encaminada a corregir la situación por virtud de la cual se vulnera el derecho fundamental, pero no abarcar elementos ajenos a la naturaleza misma del derecho.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera: La Competencia

De conformidad con lo dispuesto por los artículo 86 inciso 3 y 241 numeral 9 de la C.N. en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991 esta Sala es competente para revisar las sentencias que resolvieron la acción de tutela de la referencia.

Segunda. La Materia

Como en varias oportunidades lo ha precisado esta Corporación, la acción de tutela procede contra entidades públicas encargadas de la prestación del servicio público de la educación. Igualmente también la Corte Constitucional ha concluído que la educación participa de la naturaleza de derecho fun-

damental, porque resulta propio de la esencia del hombre, en virtud de que realiza su dignidad, así como porque está reconocido tanto expresa como tácitamente o se encuentra además amparado por tratados internacionales sobre derechos suscritos y ratificados por el Congreso de la República. El artículo 67 de nuestro Estatuto Fundamental expresa que el derecho a la educación pertenece a la persona; así la Carta Política no está haciendo más que reconocer la realidad de la importancia de la educación en la vida del hombre como elemento social (T-015/94).

La educación evidentemente goza de una doble naturaleza jurídica, ya que se trata de un derecho -deber como reiteradamente lo ha entendido esta Corporación (T-02/92, T-09/92 y T-429/93), es decir no sólo es un derecho en relación con otras personas, sino también deberes de la misma persona para consigo mismo, para con la sociedad y para con el Estado; de este modo, no solamente otorga prerrogativas a favor del individuo sino que comporta exigencias de cuyo cumplimiento depende en buena parte la subsistencia del derecho; es por ello que la Carta acepta el concepto de constitución cultural, tal como hoy se entiende en la doctrina internacional.

La educación debe entenderse como factor de desarrollo humano. El artículo 67 del estatuto fundamental concibe la educación como un derecho y como un servicio público que cumple una función social, cuya prerrogativa busca el acceso a la cultura, al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la sociedad, que el Estado tiene el deber de promover.

La función social que cumple la educación hace que dicha garantía constitucional se entienda como un derecho-deber que genera para el educando como para el educador un conjunto de obligaciones recíprocas, de la que no puede sustraerse porque realizan su núcleo esencial. Es decir el núcleo esencial del derecho a la educación está consagrado en el artículo 27 de la C.N., éste responde al qué de la educación, mientras que el artículo 67 señala sus fines y objetivos y determina como se realizan.

El caso de que se ocupa esta acción de tutela presenta a unos estudiantes a quienes se les ha negado el derecho de matricularse en la Práctica Docente II, por cuanto en la Práctica Docente I, no obtuvieron una nota mínima de 3.5, que es exigida para la aprobación de la materia, de conformidad con la resolución No. 025 del mes de septiembre de 1993. Ellos aducen que es de aplicarse para el caso el Acuerdo No. 042 de diciembre de ese mismo año, mediante el cual se expidió el reglamento estudiantil de la Universidad de Sucre.

De acuerdo con lo anotado, el problema debe ser planteado en el marco de la calidad de la educación y la autonomía universitaria, es decir, en la

relación existente entre la prestación del servicio público de la educación y la garantía constitucional de la autonomía universitaria.

Al respecto, esta Corporación precisó:

"...

"2. El artículo 69 de la C.P. consagra una garantía institucional cuyo sentido es el de asegurar la misión de la universidad y que, por lo tanto, para ésta adquiere, en cierto sentido, el carácter de derecho constitucional. Según la norma citada: "se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la Ley". El alcance de la ley, en esta materia, tiene carácter limitado, pues la premisa que la Constitución asume es que la Universidad para cumplir su misión histórica requiere de autonomía y ésta se manifiesta básicamente en una libertad de auto - organización - "darse sus directivas" - y de auto-regulación - "regirse por sus propios estatutos" -. Ambas prerrogativas institucionales deben desarrollarse dentro de las coordenadas generales señaladas por la ley. Esta última se hace cargo de los aspectos de interés general inherentes a la educación - particularmente de los relativos a la exigencia de unas condiciones mínimas de calidad en su prestación y de los derivados de su carácter de servicio público, así como de las limitaciones que proceden de la coexistencia de otros derechos fundamentales (CP art. 67) -, pero siempre respetando la intangibilidad de la autonomía universitaria, la que resulta indispensable garantizar a fin de que la universidad realice cabalmente su misión.

La misión de la universidad - frente a la cual la autonomía es una condición esencial de posibilidad -, está definida entre otros objetivos por los siguientes: conservar y transmitir la cultura, el conocimiento y la técnica; preparar profesionales, investigadores y científicos idóneos; promover la investigación científica y la formación de investigadores en las diferentes ramas del saber; fomentar el estudio de los problemas nacionales y coadyuvar a su solución y a la conformación de una conciencia ética y de una firme voluntad de servicio; auspiciar la libre y permanente búsqueda del conocimiento y la vinculación del pensamiento colombiano a la comunidad científica internacional; formar "al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia" (C.P. art. 67).

En términos jurídicos concretos la autonomía se materializa en la posibilidad de regirse por autoridades propias e independientes, y fundamentalmente, de darse -dentro del ámbito académico- sus propias normas, en desarrollo de la libertad científica mencionada.

Así como el legislador, en ejercicio de sus funciones no puede dictar leyes que contradigan la Constitución, de la misma forma quienes tienen autonomía para dictar sus propios reglamentos o estatutos deben hacerlo respetando las normas de superior jerarquía y, especialmente, aquélla. Como fue señalado anteriormente, la autonomía universitaria es ante todo un derecho limitado y complejo. Limitado porque es una garantía para un adecuado funcionamiento institucional compatible con derechos y garantías de otras instituciones que persiguen fines sociales. Complejo, porque involucra otros derechos de personas, tales como la educación, la libertad de cátedra, la participación, que deben ser tenidos en cuenta y respetados en el desarrollo de las actividades universitarias.

4. Es claro, a la luz de la Constitución, que el titular de la autonomía es la universidad en sí misma. Para circunscribirnos al caso presente, no es objeto de discusión que dicha autonomía en su vertiente de poder autoregulatorio faculta a la universidad para establecer -dentro del marco general de la ley- sus propias normas en punto a la técnica del aprendizaje y a la consiguiente modalidad de examinación y régimen de las promociones." (Sentencia T-574/93, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Como consecuencia de lo anterior, la Universidad de Sucre, como establecimiento público de educación superior, posee una organización y una estructura orgánica que obedece a las leyes que reglamenten esta área del servicio público, es decir, el Decreto Ley 80 de 1980 y actualmente la Ley 30 de 1992; ambas reglamentaciones contemplan la existencia de un Consejo Superior y de un Consejo Académico, cada uno con funciones diversas. En cumplimiento de las mismas, el Consejo Superior expidió el reglamento estudiantil y el Consejo Académico expidió la resolución No. 025 de 1993, que reglamenta la práctica docente. En el artículo 1o. de dicho estatuto se considera la práctica docente como un proceso y no como una asignatura en sentido estricto. El artículo 1o. dice "la práctica docente es un proceso mediante el cual el estudiante o alumno maestro, confronta y aplica su preparación académica con el desempeño de una actividad docente que lo ubica de manera crítica en su futura realidad". En síntesis, es claro que la práctica docente comporta un tratamiento especial.

La función social y la garantía constitucional generan para el educando y el educador, obligaciones recíprocas; en este sentido los establecimientos de educación fijan una serie de normas que permiten medir el nivel de aptitud y desempeño del educando, así como establecen mecanismos para conducir sus actitudes. En consecuencia, todos los estamentos que conforman el ente universitario (Docentes, estudiantes, personal administrativo) deben acogerse a todas las normas que rigen la vida de la institución, cuyo alcance se asemeja a la ley, sin que la ignorancia de ellas pueda servir de excusa.

En el caso sub-exámine, a los estudiantes se les ha negado el derecho de matricularse en la Práctica Docente II, por cuanto en la Práctica Docente I no obtuvieron una nota mínima de 3.5 de conformidad con el reglamento estudiantil (Resolución No. 25 del mes de septiembre de 1993), aduciendo para ello que el acuerdo No. 042 de diciembre de 1993 por medio del cual se expide el reglamento estudiantil, establece una nota mínima de 3.0.

Comparte esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional la apreciación del juez de segunda instancia en el sentido de que el escrito de tutela elevado por el Defensor del Pueblo, como el fallo proferido en primera instancia, han asimilado la negativa de ordenar matricular a los estudiantes afectados a una sanción, la que consecuentemente produciría una violación al debido proceso. En efecto, la situación de los estudiantes se ha mirado como una sanción a ellos impuesta por la Universidad, al no permitirles matricularse en la Práctica Docente II. Para la Corte es claro que los alumnos Liby Medina Ortega, Juan Figueroa Hemández y Ana Moreno Contreras no aprobaron la práctica Docente I. En efecto, es meridiano que del análisis de las disposiciones controvertidas: la resolución No. 025, que regula la práctica Docente y el acuerdo 042, que establece el reglamento estudiantil, la primera reglamentación prima sobre la segunda por cuanto se trata de una normatividad especial sobre otra que es general, es decir, sobre el reglamento estudiantil promulgado en diciembre del año 1993. Esta interpretación surge no sólo del alcance de la Ley 57 de 1887, aplicable al caso por extensión. En efecto, para esta Sala es acertada la tesis del impugnante de la decisión de primera instancia doctor Gustavo Vergara, Rector de la Universidad de Sucre, al sostener que siendo la resolución 025, la norma especial, debe tener aplicación preferencial sobre la general (Acuerdo 042), más aún habiendo quedado sin efecto el reglamento estudiantil. El escrito de impugnación presentado por el Rector de la Universidad de Sucre, expone la tesis, que esta Sala de Revisión acoge, en el sentido de que los estudiantes Liby Medina Ortega, Ana Romero Contreras y Juan Figueroa, matricularon la Práctica Docente I los días 16 y 17 de diciembre de 1993, respectivamente, como aparece en sus formatos de matrícula, que anexan. O sea, que en esa fecha ya la Resolución 025 de septiembre 15 de 1993 existía y ellos debían acogerse a ésta, garantizándose también la preexistencia de la ley aplicable. En otras palabras cuando ellos se matricularon la norma existía y ellos debían conocerla, conforme al principio de derecho.

Pues bien, en el reglamento estudiantil de la Universidad de Sucre (Acuerdo 042 de 1993), no se regula lo pertinente a la práctica docente, no se menciona nada al respecto, el reglamento se pronuncia sobre las materias en general, (artículo 101), más no sobre la práctica, que si bien los estudiantes la consideren una materia más, está revestida de especialidad sobre las teorías, en razón de su función, que no es otra que la de procurar la mejor for-

mación a los estudiantes que en el futuro serán los educadores. De ahí la necesidad y la exigencia de una calificación más alta; ello se explica porque entregar el centro educativo superior a licenciados o educadores sin la suficiente capacidad de docencia genera un desastre educativo hacia el futuro, perturbando la calidad académica, que es un deber constitucional, según lo expuesto.

Comparte igualmente esta Sala de Revisión, los fundamentos de la decisión de segunda instancia en el sentido de que la pérdida de una materia, asignatura, taller, seminario, práctica etc., no es una sanción impuesta al estudiante, sino que representa la sujeción de éste a su obligación académica.

Del análisis del acervo probatorio se observa el informe de fecha 3 de octubre de 1994, anexado por el Rector de la Universidad de Sucre en donde el evaluador manifiesta que "se presentan dos grupos bien diferenciados: uno con deficiencias en lo fundamental del orden metodológico ... y del otro, hacen parte de este grupo Ana Romero Contreras, Juan Figueroa, Gregoria Soto y Liby Medina. No logran concretar el ambiente de trabajo requerido. En el fondo de todo esto existe un problema de lenguaje, la comunicación no es efectiva por dos causas: la una el tono de voz no favorece a los practicantes mencionados, la otra y fundamental, no instruyen adecuadamente a los estudiantes sobre el qué y el para qué: esta inconsistencia al no decirle con claridad a los alumnos que es lo que quiere que ellos hagan y con qué propósito conlleva a la pérdida progresiva del dominio del grupo y lo que tal hecho lleva aparejado, desmotivación, indisciplina y consiguientemente no se logran los objetivos educacionales". Para la Corte es, en síntesis, indudable que los estudiantes, hasta la fecha de la evaluación, no reunían las calidades para educar, y por ello la calificación no podía ser aprobatoria. Es una situación académica que lleva a esta Sala a considerar que la falta de preparación y calidad de los practicantes es la única causa de haber perdido la práctica, tan esencial para que puedan adquirir la aptitud para ejercer la difícil misión de educar. Considera esta Sala, que la conducta de la Universidad de Sucre no lesiona el derecho a la educación, pues no está impidiendo el acceso de los estudiantes a la Universidad, sino procurando el respeto a la calidad académica, que es consustancial a la naturaleza y función de la universidad.

En conclusión, los establecimientos de educación superior mediante la expedición de sus normas, en virtud de la garantía institucional de la autonomía, deben procurar por la calidad de la educación. De ahí la importancia de la autorregulación universitaria para que, en ejercicio de la misma, se señalen unas pautas mínimas para que la enseñanza responda a las expectativas y necesidades sociales, dicho en un concepto de calidad de la educación que también tiene consagración constitucional.

En consecuencia de lo anterior esta Corporación CONFIRMARA el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sincelejo Sucre de octubre catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Revisión No. ocho de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sincelejo, Sucre, de fecha octubre 14 de 1994, por medio de la cual no se tutela el derecho fundamental al debido proceso, invocado por el doctor Alfonso Urzola Rebollo, Defensor del Pueblo, en favor de los estudiantes Liby Medina Ortega, Juan Figueroa Hernandez y Ana Romero Contreras, razón por la cual el señor Rector de la Universidad de Sucre, se abstendrá de autorizar la matrícula en la Práctica Docente II a los anteriores estudiantes.

Segundo.- Líbrense por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos contemplados.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-062
de febrero 22 de 1995

JUEZ - Identificación del derecho vulnerado /
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

El juez tiene a cargo la responsabilidad de verificar los hechos, adecuando la normatividad a las circunstancias del caso, proceso durante el cual puede encontrar que ha sido desconocido o sometido a amenaza otro derecho fundamental distinto del invocado y, aun así, tiene la obligación de conceder la tutela si ella cabe a la luz de la Constitución. Descalificar la acción incoada por imprecisión en la referencia a los derechos comprometidos es imperdonable negligencia del fallador y desacato al principio constitucional que dispone una prevalencia del derecho sustancial.

DERECHO AL AMBIENTE SANO / NEGLIGENCIA ADMINISTRATIVA / SALUBRIDAD PUBLICA - Basuras

No se concibe, entonces, la negligencia administrativa en la erradicación de los focos infecciosos o en la prevención de los factores que contribuyen a dañar el medio ambiente, pero resulta todavía menos comprensible que sea precisamente la actividad pública la que se constituya en motivo de perturbación ambiental, como ocurre con la deficiente planificación de los procesos de recolección, manejo, tratamiento y disposición de las basuras, que tienen a su cargo las autoridades municipales. Cuando éstas persisten en mantener basureros públicos no aptos para la finalidad que les es propia desde el punto de vista higiénico o se niegan a trasladarlos a sitios adecuados, fomentando focos infecciosos en las proximidades de las áreas ocupadas por viviendas, violan los derechos básicos de los habitantes y asumen grave responsabilidad por los daños causados. Las administraciones de los municipios deben llevar a cabo dicho manejo y disposición de basuras bajo criterios técnicos, en cuya virtud se proteja el medio ambiente y se preserve la salubridad colectiva.

PERTURBACION AMBIENTAL / BASURERO PUBLICO / DERECHO A LA SALUD - Amenaza / **ZONA RESIDENCIAL** - Basuras

En el asunto sub-examine está suficientemente demostrada una perturbación ambiental significativa, que recae directamente sobre los accionantes, ocasionada por la presencia cercana a sus residencias de un basurero público a cielo abierto, que repercute en evidente peligro para su salud De lo expuesto se deriva la existencia de una clara amenaza para la salud y la vida de los actores, dados los graves males que resultan inminentes si prosigue el foco de contaminación.

Ref.: Expediente T-49450

Acción de tutela instaurada por Marceliano Acosta Gil y Gloria Pérez de Acosta contra el Alcalde Municipal de Planeta Rica.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., el veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. INFORMACION PRELIMINAR

Según los demandantes, hace aproximadamente un año la Alcaldía Municipal de Planeta Rica decidió poner en funcionamiento un botadero de basura a campo abierto, que se encuentra a menos de doscientos metros de sus casas de habitación, en cuyos predios tienen diversos cultivos y en donde permanecen durante el noventa por ciento de su tiempo libre.

De acuerdo con la demanda, no se ha dado a los desperdicios el tratamiento recomendado por el Ministerio de Salud, de tal forma que con el tiempo se están presentando problemas de contaminación ambiental y daños para la salubridad pública, pues al indicado lugar llegan indistintamente desechos tóxicos, patógenos, combustibles inflamables, elementos radioactivos y volátiles.

Lo anterior -dijeron los accionantes- ha traído como consecuencia la invasión a las casas vecinas de gran cantidad de roedores y moscas, además de los malos olores. Se presenta, por todo ello, un constante peligro para la salud pública, la que, de otra parte, afronta la inminencia de incendios y quemas originados en el lugar en que se concentran los desperdicios.

Agregaron que en época de lluvias las corrientes arrastran todo el material contaminante, el cual, debido a lo pendiente del terreno, es necesariamente recibido por las fuentes de agua y naturales que utilizan los vecinos para el ganado y para sus actividades domésticas.

Al decir de los demandantes, de nada han valido los reclamos personales al Alcalde ni la orden impartida por las autoridades sanitarias, que concedieron un plazo de cuatro meses con miras a conseguir un lugar adecuado para el manejo de las basuras de la ciudad.

II. DECISIONES JUDICIALES

Mediante fallo del 24 de agosto de 1994, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Planeta Rica declaró improcedente la acción de tutela instaurada.

Aunque reconoció el Juez que el derecho a un medio ambiente sano ha sido indudablemente vulnerado por la Alcaldía Municipal, al mantener en funcionamiento un botadero de basuras a campo abierto sin el lleno de los requisitos sanitarios, a menos de 200 metros de las casas de habitación de los petentes -lo cual se desprende de la inspección judicial practicada en ese lugar y del dictamen pericial rendido por los promotores de Saneamiento Ambiental del Hospital San Nicolás de la localidad-, consideró que no cabía la acción de tutela por existir el mecanismo constitucional de las acciones populares y, además, por razón de lo dispuesto en el artículo 6º, numeral 3º, del Decreto 2591 de 1991, no existiendo en este caso, según su criterio, un perjuicio irremediable.

Dijo la sentencia que los accionantes no habían solicitado protección de un derecho fundamental conexo al que les asiste de vivir en un medio ambiente sano, sino que pidieron la defensa de éste en forma directa, lo cual hacía improcedente la tutela.

Impugnada la decisión judicial, fue revocada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica (Sentencia del 13 de septiembre de 1994).

Se estimó en segunda instancia que, teniendo la certeza de que el derecho a vivir en un ambiente sano había sido violado en el caso de los accionantes, cuya salud, en consecuencia, corría grave riesgo -todo lo cual fue establecido mediante las pruebas practicadas- no podía hacerse nada distinto de otorgar la protección demandada.

El Juzgado dijo no compartir la interpretación del fallador inicial sobre improcedencia de la acción de tutela, pues consideró que en este evento era indudable la amenaza para los derechos a la salud y la vida, conexos al vulnerado.

Según la providencia, al respecto no era relevante que los peticionarios hubieran omitido indicar con exactitud si el derecho violado era el del medio ambiente sano o los conexos con él.

Expresó, por ello, que la función de interpretar el querer del accionante le corresponde al juez, desplegando su actividad crítica e interpretativa, ya que no se puede exigir precisión jurídica a quien no es abogado.

Se ordenó a la Alcaldía la suspensión inmediata de la utilización del botadero de basura a campo abierto y se le concedió el término de ocho días para conseguir otro lugar con destino a la disposición de los desechos, con los requisitos exigidos por el Ministerio de Salud.

Igualmente, se otorgó a la administración un término de tres días para recoger, quemar o sepultar la basura recolectada y ubicada en el lugar.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos en referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y según las normas establecidas en el Decreto 2591 de 1991.

La identificación del derecho vulnerado, tarea del juez

Bien expresó la Juez de segunda instancia que se había equivocado su inferior al declarar improcedente la acción de tutela por el sólo hecho de que los accionantes, pese a demostrar el peligro que afrontaba su salud por la contaminación, no hubieran invocado los derechos conexos al de gozar de un ambiente sano.

Es verdad que, de conformidad con el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, en la solicitud se expresará, con la mayor claridad posible, entre otras cosas, el derecho que se considera violado o amenazado.

Esta, sin embargo, es apenas una orientación preliminar para el juez, quien tiene a cargo la responsabilidad de verificar los hechos, adecuando la normatividad a las circunstancias del caso, proceso durante el cual puede encontrar que ha sido desconocido o sometido a amenaza otro derecho fundamental distinto del invocado y, aun así, tiene la obligación de conceder la tutela si ella cabe a la luz de la Constitución.

Descalificar la acción incoada por imprecisión en la referencia a los derechos comprometidos es imperdonable negligencia del fallador y desacato al principio constitucional que dispone una prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.P.).

Responsabilidad de las autoridades municipales en el tratamiento y disposición de desechos

El principio constitucional de la eficiencia (Artículo 209 C.P.) exige de las autoridades municipales especial cuidado en la selección de los lugares que hayan de servir para el depósito y concentración de basuras y desperdicios, su tratamiento y disposición final.

Según el artículo 49 de la Carta, la atención de la salud y el saneamiento son servicios públicos a cargo del Estado.

Estatuye el artículo 79 de la Constitución que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano y que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, mientras que, de conformidad con el 80, le corresponde prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Al Concejo Municipal le compete, según el artículo 313, numerales 1, 7 y 9, de la Constitución, establecer las disposiciones necesarias para la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio, reglamentar los usos del suelo y dictar las normas necesarias para el control y la preservación del patrimonio ecológico de la localidad.

Son atribuciones del alcalde municipal, entre otras, las de cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del Gobierno, las ordenanzas y los acuerdos del Concejo, dirigir la acción administrativa del municipio, asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo (Artículo 315 C.P.).

No se concibe, entonces, la negligencia administrativa en la erradicación de los focos infecciosos o en la prevención de los factores que contribuyen a dañar el medio ambiente, pero resulta todavía menos comprensible que sea precisamente la actividad pública la que se constituya en motivo de perturbación ambiental, como ocurre con la deficiente planificación de los procesos de recolección, manejo, tratamiento y disposición de las basuras, que tienen a su cargo las autoridades municipales. Cuando éstas persisten en mantener basureros públicos no aptos para la finalidad que les es propia desde el punto de vista higiénico o se niegan a trasladarlos a sitios adecuados, fomentando focos infecciosos en las proximidades de las áreas ocupadas por viviendas, violan los derechos básicos de los habitantes y asumen grave responsabilidad por los daños causados.

Las personas tienen derecho a reclamar que la disposición de las basuras recogidas en el perímetro del municipio no tenga lugar cerca a sus casas, en especial si se considera que en ellas residen niños, dado el inmenso peligro

que representan los desperdicios acumulados, la degradación de la materia orgánica, el desarrollo de plagas y la natural posibilidad de combustión que ocasionan los procesos químicos que allí se desarrollan.

A juicio de la Corte, las administraciones de los municipios deben llevar a cabo dicho manejo y disposición de basuras bajo criterios técnicos, en cuya virtud se proteja el medio ambiente y se preserve la salubridad colectiva.

Copia de esta providencia se remitirá al Ministerio del Medio Ambiente, a fin de que adopte las correspondientes medidas de prevención y sanción.

La acción de tutela, mecanismo apto para proteger los derechos fundamentales cuando son amenazados por una perturbación ambiental

Una vez más debe ratificarse la jurisprudencia según la cual, si bien la acción popular es la indicada para salvaguardar los derechos colectivos como el relativo al medio ambiente sano, es viable la acción de tutela con el objeto de amparar los derechos fundamentales del individuo que efectiva y probadamente está siendo afectado o amenazado de manera directa por causa de la perturbación ambiental.

Ha expresado la Corte:

"...la Constitución Política hace posible la acción de tutela cuando el derecho fundamental de una persona ha sido violado o se encuentra amenazado. Cuando se trata de preservar derechos colectivos no cabe en principio la acción de tutela, a menos que el actor demuestre estar perjudicado o amenazado directamente.

El artículo 88 de la Constitución es la norma aplicable cuando el interés que está de por medio no es el individual sino el de toda una comunidad. Dice la norma que la ley regulará las acciones populares "para la protección de derechos o intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y **la salubridad** públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella" (Subraya la Corte)".

"...aunque el medio de defensa judicial aplicable en favor de la comunidad sea el de la acción popular, cabe la tutela si está de por medio, de modo concreto y cierto, un derecho fundamental del accionante que así lo pruebe en su caso específico y que acredite la relación de causalidad existente entre la acción u omisión que afecta el interés colectivo y su propia circunstancia.

"...en las enunciadas circunstancias procede la protección del derecho personal afectado o amenazado aunque, al protegerlo, se beneficie o favo-

rezca a la comunidad..." (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-539 del 22 de noviembre de 1993).

Desde luego, para que la acción de tutela pueda prosperar en tales casos, se necesita probar el perjuicio o amenaza, demostrando a la vez el nexo existente entre éstos y la contaminación o deterioro del ambiente.

Acerca del nexo causal ha sostenido la Corte:

"La protección judicial consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política tiene lugar en concreto cuando se establece que la acción u omisión de una autoridad pública, o de particulares en los eventos previstos por la ley, viola un derecho fundamental o lo amenaza.

Del texto constitucional resulta, como es apenas lógico, que entre la acción u omisión respecto de la cual se propone la tutela y el daño causado al derecho o el peligro que éste afronta exista un nexo de causalidad. En otros términos, la protección judicial no tiene cabida sino sobre el supuesto de que el motivo de la lesión actual o potencial del derecho invocado proviene precisamente del sujeto contra el cual ha sido incoada la demanda, bien por sus actos positivos, ya por la negligencia que le sea imputable".

"...no basta alegar que existe una determinada contaminación ambiental y ni siquiera probar que se sufre de una afección en cuya virtud se corra el peligro de perder la vida si los dos elementos no están vinculados de manera tal que el uno provenga del otro necesariamente. La circunstancia de hallarse enfermo y a la vez desenvolverse en un ambiente viciado podría significar que la perturbación ambiental provoca el daño a la salud, pero esta es una mera probabilidad que no puede llevar al juez a la entera certidumbre sobre esa relación, por cuanto también podría ser que el mal hubiese sido provocado por causas diferentes. Si se concediera la tutela sin probar el nexo causal -factor que, a juicio de la Corte, es definitivo para la prosperidad de la acción- el juez no estaría fundando su fallo en una convicción sino apenas en una sospecha". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-422 del 27 de septiembre de 1994).

En el asunto sub-examine está suficientemente demostrada una perturbación ambiental significativa, que recae directamente sobre los accionantes, ocasionada por la presencia cercana a sus residencias de un basurero público a cielo abierto, que repercute en evidente peligro para su salud como resulta de la inspección judicial practicada y de los conceptos científicos emitidos.

Según el estudio efectuado por los funcionarios promotores de saneamiento ambiental del Hospital San Nicolás de Planeta Rica, el botadero de basuras

de propiedad del municipio funciona sin ninguna técnica, "degradando el medio ambiente al descomponerse la materia orgánica allí depositada".

El basurero, de acuerdo con el mismo informe, está ubicado en una zona semihabitada y a una distancia menor de 160 metros de la casa de los accionantes. "Al tratarse de un lote sin cercas perimétricas, a él tienen acceso personas, animales domésticos, cerdos, perros, aves, etc, dándose así la convivencia entre hombres, animales y basuras, lo cual ocasiona problemas de insalubridad", dice el dictamen.

Señala, además, que las basuras constituyen medio propicio para la proliferación de moscas y ratas, que derivan su alimento de la materia orgánica, los desperdicios y residuos que se disponen en el basurero. Estos insectos y roedores, al emigrar a las viviendas vecinas, contaminan los alimentos y diseminan gérmenes de enfermedades tales como fiebre tifoidea, disentería bacilar amibiana y diarrea infantil. Los roedores pueden transmitir, según el experticio, peste bubónica, tifus, leptospirosis y rabia, entre otras afecciones.

La Corte estima que de lo expuesto se deriva la existencia de una clara amenaza para la salud y la vida de los actores, dados los graves males que resultan inminentes si prosigue el foco de contaminación.

Acerca del concepto de amenaza, cuya existencia lleva a la prosperidad de la acción, se ratifican los criterios desarrollados por la Corte, según los cuales cabe la protección judicial cuando aquélla se configura, aunque no haya -como en este evento- un perjuicio personal ya causado:

"La **amenaza** a un derecho constitucional fundamental tiene múltiples expresiones: puede estar referida a las circunstancias específicas de una persona respecto al ejercicio de aquél; a la existencia de signos positivos e inequívocos sobre el designio adoptado por un sujeto capaz de ejecutar actos que configuren la violación del derecho; o estar representada en el desafío de alguien (tentativa), con repercusión directa sobre el derecho de que se trata; también puede estar constituída por actos no deliberados pero que, atendiendo a sus características, llevan al juez de tutela al convencimiento de que si él no actúa mediante una orden, impidiendo que tal comportamiento continúe, se producirá la violación del derecho; **igualmente puede corresponder a una omisión de la autoridad cuya prolongación en el tiempo permite que aparezca o se acreciente un riesgo**...". (Subraya la Corte. Cfr. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-349 del 27 de agosto de 1993).

Es el caso, entonces, de confirmar la providencia de segunda instancia en cuanto concedió la tutela impetrada.

DECISION

En mérito de las precedentes consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la Sentencia proferida el trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, al resolver sobre la acción de tutela instaurada por Marceliano Acosta Gil y Gloria Pérez de Acosta.

Segundo.- ENVIESE copia del expediente y de esta providencia al Ministerio del Medio Ambiente, para lo de su cargo.

Tercero.- LIBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-063
de febrero 22 de 1995

DERECHO AL PAGO OPORTUNO DEL SALARIO

Para el trabajador, recibir el salario -que debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, como lo dispone el artículo 53 de la Constitución- es un derecho inalienable de la persona y, por ende, el pago del mismo es una obligación del patrono, que debe cumplir de manera completa y oportuna, a satisfacción del trabajador y de conformidad con lo acordado. Cabe la acción de tutela, de manera excepcional, para obtener una orden de inmediato cumplimiento que obligue al patrono a cumplir con el pago del salario, hasta ahora no atendido con la eficiencia que exige el ordenamiento jurídico.

DERECHO AL TRABAJO - Condiciones dignas y justas

La cancelación tardía de los emolumentos debidos al trabajador lesiona gravemente sus derechos, en particular el que tiene a trabajar dentro de unas condiciones dignas y justas y compromete la responsabilidad del patrono.

TUTELA CONTRA AUTORIDAD PUBLICA POR OMISION / SALARIO - Mora en el pago

La Corte ha sostenido que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para obtener que se ejecuten partidas presupuestales, pues ello requiere, por su misma naturaleza, la apreciación y evaluación por parte del Ejecutivo -a nivel nacional, departamental, distrital o municipal- en cuanto a las prioridades de los gastos e inversiones y en relación con el momento propicio para acometer obras específicas dentro de cada vigencia fiscal. Empero, sí cabe la tutela para lograr el efectivo respeto a los derechos fundamentales cuando la causa de la violación o amenaza sea la omisión de una autoridad pública (artículo 86 C.P.), como acontece cuando, a sabiendas de la necesidad de cumplir los compromisos de nómina -que corresponden a costos fijos, predeterminados, inaplazables y prioritarios-, gozando de recur-

sos y teniendo disponibilidad de tesorería, la administración no paga y con ello lesiona tales derechos.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Procedencia

Si bien es cierto cabe la excepción de inconstitucionalidad en todo caso de manifiesta contradicción entre las disposiciones constitucionales y las leyes u otras normas, con el fin de obtener la efectiva prevalencia de la Carta Política mediante su aplicación preferente (artículo 4º C.P.), ello tan sólo es posible cuando surge una oposición evidente, esto es, una verdadera e insoslayable incompatibilidad entre dos mandatos, uno de los cuales -el inferior- tiene que ceder ante el precepto constitucional.

-Sala Quinta de Revisión

Ref.: Expediente T-49868

Acción de tutela instaurada por Francisco Ibarra Jiménez contra el Gobernador de Nariño.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Se revisa la providencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ipiales el 13 de septiembre de 1994.

INFORMACION PRELIMINAR

Afirmó el peticionario, quien trabaja al servicio del Departamento de Nariño como docente, que el Gobernador del Departamento -el doctor ALVARO ZARAMA MEDINA en el momento de presentar la demanda- ha venido incumpliendo permanentemente el pago oportuno de los salarios a que tienen derecho los trabajadores.

Expresó que la Gobernación ha venido aduciendo como motivo para su incumplimiento el déficit presupuestal, no imputable a los maestros.

Ese comportamiento, a juicio del actor, trastoca la paz y vulnera los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente los contemplados en los artículos 11, 13, 22, 23, 25, 27, 45, 53, 67 y 68.

Señaló que en el transcurso de los tres últimos años los trabajadores han recurrido a todos los mecanismos posibles para lograr que la administración cancele oportunamente los salarios y que, al efecto, han adelantado diálogos, se han hecho denuncias públicas y la Asamblea Departamental ha expedido ordenanzas y ha autorizado endeudamientos, todo sin resultados.

Según la demanda, la situación de los docentes que laboran con él es caótica e insoportable, pues las deudas los agobian.

II. DECISION JUDICIAL REVISADA

Mediante la sentencia materia de revisión, la Juez Tercera Penal del Circuito de Ipiales declaró improcedente la acción de tutela instaurada.

Consideró la providencia que, si bien IBARRA JIMENEZ demostró el desempeño del cargo como también el atraso en el pago de la mensualidad de agosto de 1994, dicho atraso se encontraba justificado puesto que las partidas presupuestales estaban condicionadas a la recepción real y material de ingresos.

Observó que el déficit fiscal, en el momento del fallo, ascendía a la suma de $2.127.160.190.oo.

Según la Juez, en tales condiciones el cumplimiento de la obligación demandada escapaba a la facultad del Gobernador, quien debe sujetar los gastos a la disponibilidad presupuestal.

También anotó que no era procedente la acción de tutela para resolver la controversia planteada, pues tratándose de un profesor al servicio del Departamento, "tiene la vía contencioso administrativa para el pago oportuno de su sueldo y demás prestaciones adeudadas".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Esta Corte es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso en mención, puesto que así lo disponen los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política.

Derecho del trabajador al pago oportuno de su remuneración

El trabajo, según la Constitución Política, es un derecho fundamental y a la vez una obligación social, que merece, en todas sus modalidades, la especial protección del Estado.

La obligatoriedad del trabajo descansa sobre el supuesto de que el esfuerzo mental o físico aplicado tendrá una recompensa para quien lo realiza, puesto que el motivo o causa que en principio lleva a la persona a trabajar es el pago de lo estipulado con el patrono como contraprestación por la actividad desplegada.

Para el trabajador, recibir el salario -que debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, como lo dispone el artículo 53 de la Constitución- es un derecho inalienable de la persona y, por ende, el pago del mismo es una obligación del patrono, que debe cumplir de manera completa y oportuna, a satisfacción del trabajador y de conformidad con lo acordado.

Los trabajadores, según el artículo 53 de la Constitución, tienen derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, lo cual significa que el desempeño de sus labores está condicionado al pago periódico de las sumas que el patrono se obliga a cancelarles.

El pago del salario tiene su razón de ser no solamente en el imperativo de recompensar el esfuerzo realizado en beneficio de los fines que persigue el patrono, según las reglas de su vinculación laboral, sino como elemental medio de subsistencia para el trabajador y su familia. De allí su carácter esencial en toda relación de trabajo, sea ella contractual o legal y reglamentaria.

Se reitera lo afirmado por la Corte:

"A la luz de los postulados transcritos resulta claro que el simple nombramiento de una persona para desempeñar un cargo, genera derechos, situación que se toma más nítida cuando esa persona se posesiona y empieza a cumplir la tarea para la cual fue designada. Dentro de esos derechos se cuenta la respectiva contraprestación consistente en el salario y ciertas prestaciones sociales". (Cfr. Corte Constitucional.Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-167 del 25 de marzo de 1994. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara).

Ahora bien, para que cumpla los enunciados cometidos, en especial si se tienen en cuenta factores tales como la precariedad de los ingresos del trabajador, la inflación y la consiguiente pérdida del poder adquisitivo de la moneda, el pago del salario debe ser oportuno, es decir, ha de producirse dentro de los términos estipulados o previstos en el correspondiente régimen jurídico.

Para ello, en el caso de las entidades públicas, es de esperar una actividad administrativa eficiente y previsiva, que con la debida antelación lleve a cabo las gestiones necesarias en el campo presupuestal y en la distribución de las partidas que habrá de ejecutar, según la normatividad correspondiente, para asegurar que los pagos de nómina, cuya prelación es evidente, se cumplan en la oportunidad debida.

Adoptar la cómoda posición de permitir que lleguen las fechas de vencimiento de los pagos, sin haber tomado en su momento las precauciones que la prudencia aconseja, implica necesariamente que la administración -como

en este caso se alega- sea sorprendida a cada paso por su propia negligencia, de la cual no son los trabajadores responsables ni tienen porqué correr con las contingencias que el descuido oficial apareja.

Recuérdese, por otra parte, que en el momento de proveer los cargos, la administración está obligada a verificar si, según el presupuesto, puede atender el pago puntual de las asignaciones correspondientes.

La cancelación tardía de los emolumentos debidos al trabajador lesiona gravemente sus derechos, en particular el que tiene a trabajar dentro de unas condiciones dignas y justas (artículo 25 C.P.), y compromete la responsabilidad del patrono.

Procedencia de la acción de tutela ante el carácter puramente formal del medio judicial alternativo

El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es improcedente si al alcance del afectado existe otro medio de defensa judicial, salvo el caso de un perjuicio irremediable.

No obstante, también ha sido reiterada la doctrina constitucional según la cual el medio judicial altemativo, cuya existencia hace improcedente la tutela, debe ser idóneo para el fin específico de obtener la cierta y concreta protección de los derechos fundamentales afectados o amenazados.

Debe reiterar la Corte que un medio judicial apenas enunciado teóricamente, o de carácter estrictamente formal, sin posibilidades de concreción oportuna y efectiva, no puede desplazar a la acción de tutela y, por el contrario, debe ceder ante ella.

Así, en casos como el ahora sometido a examen, si bien podría afirmarse que el peticionario goza de un medio de defensa consistente en acudir a la jurisdicción laboral para que se ordene al patrono el pago de los salarios atrasados, no cabe duda de que, dadas las exigencias formales del proceso correspondiente y su consabida demora, la eventual decisión favorable a las pretensiones del trabajador se produciría demasiado tarde, frente a los perjuicios causados a cortísimo plazo como consecuencia del retardo en la cancelación periódica de la remuneración.

En efecto, del material probatorio se deduce que, al momento de ejercer la acción de tutela, el peticionario había dejado de recibir el pago correspondiente al último mes de su salario, además de que, según su relato, los retardos en esta materia han sido frecuentes.

Las condiciones económicas del trabajador, unidas a la mora de la administración en el pago de sus salarios, lo abocan necesariamente a situaciones

traumáticas en su normal flujo de fondos, pues le impiden cumplir oportunamente con sus compromisos de orden individual y familiar.

Así, además del desfase que, como consecuencia del atraso, sufrirá el actor en el cubrimiento de gastos tales como los relativos a alimentación, vivienda, vestuario, educación y otros, inherentes a sus responsabilidades familiares, puede verse obligado a incurrir en mora en las obligaciones que haya contraído con entidades financieras u otros acreedores. Si la Corte Constitucional ha sostenido, al desarrollar los preceptos constitucionales sobre Habeas Data, que el deudor debe ser puntual en el cumplimiento de sus compromisos dinerarios, so pena de ser incluido en bancos de datos y archivos en calidad de moroso, no sería justo que se prohijara una tesis en cuya virtud debiera ser negada la tutela de sus derechos para reclamar el oportuno pago de sus salarios, remitiéndolo a la vía judicial ordinaria, mientras se acepta una situación de hecho, a todas luces irregular, que lo condiciona, contra su voluntad, a pasar por deudor incumplido.

En caso similar al presente, la Sala Tercera de Revisión de esta Corte (Sentencia T-420 del 6 de octubre de 1993. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) afirmó:

"Con el objeto de asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, la Constitución consagra la acción de tutela, condicionando su ejercicio a la no disponibilidad de otros medios de defensa judicial. Los recursos de la vía gubernativa no son medios de defensa judicial a disposición del afectado, sino mecanismos de control de legalidad de las propias actuaciones administrativas. Por ello la norma que regula la acción de tutela no supedita su interposición al agotamiento previo de la vía gubernativa (D. 2591 de 1991, art. 9º).

De otra parte, atendidas las circunstancias concretas del solicitante - cuyo sustento familiar depende de su trabajo- es evidente que someter la reclamación de 17 días de salario no pagados al desarrollo de un proceso laboral administrativo, se revela como una exigencia irrazonable, dadas la cuantía mínima de la pretensión, su duración y el costo asociado a la representación judicial, a lo que se añade la ausencia de conflictividad que apareja el fundamento de su pretensión y el reconocimiento de su derecho. La Sala considera que los anotados elementos de hecho que concurren en el presente caso, por su carácter singular y excepcional, conducen a admitir la procedencia de la acción de tutela que de otro modo no podría prosperar".

Así las cosas, resulta claro para la Sala que cabe la acción de tutela, de manera excepcional, para obtener una orden de inmediato cumplimiento que obligue al patrono -en este caso el Gobernador de Nariño- a cumplir con

el pago del salario, hasta ahora no atendido con la eficiencia que exige el ordenamiento jurídico.

La Corte ha sostenido que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para obtener que se ejecuten partidas presupuestales, pues ello requiere, por su misma naturaleza, la apreciación y evaluación por parte del Ejecutivo -a nivel nacional, departamental, distrital o municipal- en cuanto a las prioridades de los gastos e inversiones y en relación con el momento propicio para acometer obras específicas dentro de cada vigencia fiscal (Cfr. Sentencia T-185 del 10 de mayo de 1993, proferida por esta misma Sala).

Empero, sí cabe la tutela para lograr el efectivo respeto a los derechos fundamentales cuando la causa de la violación o amenaza sea la omisión de una autoridad pública (artículo 86 C.P.), como acontece cuando, a sabiendas de la necesidad de cumplir los compromisos de nómina -que corresponden a costos fijos, predeterminados, inaplazables y prioritarios-, gozando de recursos y teniendo disponibilidad de tesorería, la administración no paga y con ello lesiona tales derechos.

Así, en el presente asunto, ante la clara vulneración del derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas y teniendo en cuenta que lo adeudado al petente -un mes de salario- tiene que estar contemplado presupuestalmente como gasto de funcionamiento correspondiente al pago de nómina, no se justificaría acudir a otro medio de defensa judicial para obtener su cancelación y, por tanto, procede la acción de tutela con el objeto de brindarle protección efectiva, lo mismo que a su familia.

Impropia aplicación de la excepción de inconstitucionalidad

En el expediente obra copia auténtica de la Ordenanza número 12 del 21 de noviembre de 1991, expedida por la Asamblea Departamental de Nariño, mediante la cual se creó una cuenta especial para el manejo del presupuesto asignado a los colegios departamentales y atender los sueldos, primas y demás complementos salariales del personal docente y administrativo a cargo del Departamento.

La ordenación del gasto, según dicha norma, estará a cargo del Gobernador del Departamento y del Secretario de Hacienda.

La disposición estableció que la Tesorería General del Departamento debería abrir una cuenta bancaria para el exclusivo manejo de la cuenta especial.

En oficio dirigido al juez de instancia, el Secretario de Hacienda Departamental sostuvo que "es pertinente para el caso precisar la legalidad de dicho

acto y la no aplicación del mismo en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Política".

A su juicio, "el contenido de la Ordenanza 012 de 1991 resulta en abierta contradicción con la Constitución y la ley, en la medida en que desconoce o quebranta el principio presupuestal de la unidad de caja".

Encuentra la Corte que el aludido acto no ha sido suspendido provisionalmente ni anulado por la Jurisdicción de lo contencioso administrativo y que respecto de él no se configura ninguna de las causales que, para la pérdida de fuerza ejecutoria, indica en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Así, pues, goza de una presunción de legalidad no desvirtuada y, en cuanto tampoco vulnera prima facie la Constitución Política, la Ordenanza ha debido ser aplicada por la administración de Nariño.

En tales condiciones, no compete a la Corte Constitucional ni tampoco al juez de tutela la definición acerca de la validez del acto, por lo cual este fallo tampoco representa juicio alguno al respecto. Simplemente, se remite la Corte a la señalada presunción y al sentido excepcional que en nuestro sistema jurídico tiene la aplicación preferencial de la Carta Política, la cual tan sólo tiene cabida en los estrictos términos del artículo 4º del Ordenamiento Fundamental.

A este respecto, resulta pertinente recordar que, si bien es cierto cabe la excepción de inconstitucionalidad en todo caso de manifiesta contradicción entre las disposiciones constitucionales y las leyes u otras normas, con el fin de obtener la efectiva prevalencia de la Carta Política mediante su aplicación preferente (artículo 4º C.P.), ello tan sólo es posible cuando surge una oposición evidente, esto es, una verdadera e insoslayable incompatibilidad entre dos mandatos, uno de los cuales -el inferior- tiene que ceder ante el precepto constitucional.

Dijo la Corte Constitucional sobre el tema:

"Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.

Subraya la Corte el concepto de **incompatibilidad** como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí".

En el sentido jurídico que aquí busca relievarse, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992).

De todo lo anterior puede concluirse que la Gobernación, no hallándose en el caso del artículo 4º de la Constitución y sí estando claramente obligada a la especial protección que merece el trabajo y a remunerarlo puntualmente en el caso del peticionario, para no hacer injusta la relación laboral (artículos 25 y 53 C.P.), no podía incurrir en la mora denunciada, que da motivo suficiente para conceder la tutela.

En el ordenamiento jurídico existen vías expeditas para que, si la administración estima que la Ordenanza en referencia viola la normatividad superior, se obtenga el pronunciamiento de las competentes instancias judiciales.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la Sentencia proferida el 13 de septiembre de 1994 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ipiales, al resolver sobre la acción de tutela instaurada por Francisco Ibarra Jímenez.

Segundo.- CONCEDESE la tutela impetrada y, en consecuencia, ORDENASE al Gobernador de Nariño que, si todavía no lo ha hecho, proceda dentro de

las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, a cancelar totalmente los salarios atrasados de Francisco Ibarra Jímenez, siempre que haya partida presupuestal disponible. En caso contrario, dentro del mismo término, iniciará los trámites correspondientes e informará de ello, en forma inmediata, al juez de primera instancia.

Tercero.- El cumplimiento estricto del presente fallo será supervisado y exigido por el Juez Tercero Penal del Circuito de Ipiales.

Cuarto.- LIBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-064
de febrero 22 de 1995

PERSONAL DOCENTE - Doble asignación /
PENSION DE JUBILACION

Entre los preceptos que han venido favoreciendo a los docentes al servicio de entidades públicas cabe señalar el contenido en el artículo 5º del Decreto Ley 224 de 1972, a cuyo tenor "el ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero no se decretará el retiro forzoso del servicio al cumplir los 65 años de edad". En efecto, amparada en la misma norma constitucional que la Caja invoca y en la normatividad legal que consagra el régimen excepcional, la peticionaria puede percibir las mesadas correspondientes a su pensión sin que para ello deba renunciar al cargo de docente y, a la inversa, le es posible trabajar al servicio de la enseñanza sin que, contra su voluntad de hacerlo, pueda CAJANAL oponer la consecuencia de una pérdida del derecho a la pensión, ya que con ello impondría al trabajo un castigo que, para casos como el controvertido, no tiene sustento en norma alguna. La Caja ha traído en su apoyo una normatividad que de ninguna manera puede fundamentar las determinaciones adoptadas y que, en cambio, significa palmario desconocimiento del derecho al trabajo consagrado en la Constitución. Es claro para la Corte que, estando autorizada la peticionaria para ejercer como docente sin detrimento de su pensión, la restricción proveniente del acto administrativo vulnera su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

ACTO ADMINISTRATIVO - Inaplicación / **MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / TUTELA TRANSITORIA**

La resolución proferida por Cajanal es un acto administrativo contra el cual la solicitante puede ejercer las acciones ante la jurisdicción correspondiente. Existe otro medio judicial para la defensa de su derecho, por lo cual la única forma de brindarle protección por esta vía consiste en concederle un amparo

transitorio, con el objeto de evitar un perjuicio irremediable. Este se da, sin duda, en el presente caso, pues basta que se aplique a la demandante la resolución administrativa en todo su rigor -tal como tendría que hacerse mientras se pronuncia la jurisdicción contencioso administrativa- para que le sea imposible ejercer la docencia o pierda el derecho a su pensión. Se le impide, por tanto, de manera irreversible, por el lapso que demore el proceso, cumplir una actividad durante tiempo útil que se pierde y que después no podrá recuperarse, si se tiene en cuenta especialmente el factor de la edad. Desde luego, en tales eventos, la orden judicial permanece vigente tan sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

-Sala Quinta de Revisión

Ref.: Expediente T-50219

Acción de tutela instaurada por Lucrecia Lozada de Contreras contra la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Se revisan los fallos proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y por la Sala Plena de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver sobre la acción de tutela instaurada.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Según el relato de la accionante, por Resolución del 2 de septiembre de 1993, la Caja Nacional de Previsión reconoció y ordenó pagar su pensión mensual vitalicia de jubilación, pues en virtud del Decreto 081 de 1976, dicha entidad asumió las prestaciones económicas a cargo de los ministerios de Educación y Hacienda.

Notificada del acto administrativo, mediante el cual se disponía que la beneficiaria debería acreditar su retiro definitivo del servicio oficial y que el goce de la pensión era incompatible con cualquier otra asignación proveniente del Estado, caso en el cual se perdería el derecho correspondiente, LUCRECIA LOZADA DE CONTRERAS interpuso contra aquél los recursos de reposición y apelación.

La acción de tutela fue incoada para obtener la inaplicación de los apartes restrictivos de la resolución que reconoció la pensión, específicamente los que la condicionaban a acreditar el retiro definitivo del servicio oficial -en

este caso la docencia en instituciones públicas- e impedían a la petente percibir las asignaciones provenientes de su actividad docente.

Consideró la demandante que la Caja Nacional de Previsión, al concederle la pensión bajo las condiciones expuestas, desconoció los principios de estabilidad, irrenunciabilidad y favorabilidad, plasmados en la Constitución Política en materia laboral.

Expuso que, según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, son compatibles el sueldo y las pensiones tratándose del ejercicio de la docencia y que también los artículos 2º de la Ley 4ª de 1992 y 1º del Decreto Reglamentario 1440 de 1992 le aseguran el derecho a disfrutar la Pensión de Gracia y a devengar su sueldo en forma simultánea, por cuanto así lo ha establecido la ley desde el Decreto 224 de 1972, plasmando un régimen exclusivo para los docentes.

Citó, además, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993, a cuyo tenor "el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporan a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989 y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneración".

II. DECISIONES JUDICIALES

Falló en primera instancia la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante providencia del 7 de septiembre de 1994.

Las pretensiones de la demandante fueron negadas por cuanto, en el sentir del Tribunal, la acción de tutela fue usada en este caso "para menesteres que no están de acuerdo con su altura tuitiva o de protección".

Dijo el fallo que, en realidad, so pretexto de la estabilidad, la irrenunciabilidad y la favorabilidad, la accionante se impacienta por la demora en el pago de sus mesadas pensionales y opta por la tutela como medio más expedito y fácil. Tal acción fue usada, según el Tribunal, como simple mecanismo de pago coercitivo.

Señaló, además, que no se está frente a un perjuicio irremediable ni se ha colocado a doña Lucrecia en una situación infrahumana porque el Estado, su empleador, le está cancelando oportunamente su salario de docente.

La Caja, a juicio del Tribunal, no le está exigiendo a la petente el retiro forzado de su labor pedagógica.

Impugnada la decisión, fue confirmada por la Sala Plena de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según Sentencia del 5 de octubre de 1994.

De acuerdo con el fallo de segunda instancia, la peticionaria cuenta con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo para que sea mediante el correspondiente proceso y no por la vía del procedimiento preferente y sumario de la tutela que se dirima, con efectos de cosa juzgada, la viabilidad de su pretensión.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos proferidos al resolver sobre el caso expuesto, en aplicación de lo establecido por los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y según las reglas del Decreto 2591 de 1991.

La prohibición constitucional de doble asignación

Dispone el artículo 128 de la Constitución Política que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público -el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas-, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Se trata de asegurar la dedicación del empleado al cargo que se le confía y de impedir la concentración de facultades en cabeza de una persona, dando oportunidad a otras de acceder a la función pública (artículo 40 C.P.) y preservando a la vez los recursos estatales.

La Constitución no estableció, sin embargo, una prohibición absoluta, pues dejó expresamente radicada en cabeza del legislador la competencia para señalar excepciones.

El artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 establece:

"Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Exceptúanse las siguientes asignaciones:

(...) g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados. (Subraya la Corte).

(...)"

La transcrita norma fue declarada exequible por esta Corte mediante Sentencia C-133 del 1º de abril de 1993 (M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), en la cual se dijo:

"Al analizar el contenido del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, antes transcrito, advierte la Corte que en su primera parte reproduce la prohibición constitucional establecida en el artículo 128, en el sentido de prohibir el desempeño simultáneo de más de un cargo público, como el recibo de más de una asignación que provenga del tesoro público, y señala además los casos en los cuales no opera dicha regla general, todo ello como desarrollo fiel de la competencia que le asignó el Constituyente al legislador en el citado canon constitucional.

Entonces como fue el mismo Constituyente quien autorizó al legislador para estatuir los casos de excepción a la citada incompatibilidad, bien podía el Congreso proceder a fijarlas sin cortapisa alguna, salvo el respeto por las normas constitucionales que regulen los derechos o establezcan las garantías que en lo referente al tema sean pertinentes, ya que en la disposición superior mencionada -artículo 128-, no se le señaló pauta, limitación o condicionamiento específico para su debido ejercicio.

Vistas las distintas situaciones que aparecen en la norma acusada y confrontadas con la Carta Política, no encuentra esta Corporación que vulneren ninguno de sus mandatos y, por el contrario, considera que ellos obedecen exclusivamente a la voluntad del legislador, quien fundamentado en juicios o criterios administrativos, laborales, sociales, de conveniencia o de necesidad, los instituyó como a bien tuvo, sin que esta Corporación pueda controvertir esas determinaciones.

Por estas razones, en criterio de la Corporación y en desacuerdo con el demandante, el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 no infringe la Carta Política y por el contrario la acata y desarrolla".

Entre los preceptos que han venido favoreciendo a los docentes al servicio de entidades públicas cabe señalar el contenido en el artículo 5º del Decreto Ley 224 de 1972, a cuyo tenor "el ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero no se decretará el retiro forzoso del servicio al cumplir los 65 años de edad".

Así, pues, cuando en el asunto que se examina la Caja Nacional de Previsión Social, mediante acto administrativo, desconoce la existencia de unas clarísimas excepciones al precepto constitucional, establecidas por la ley con previa autorización de la propia Carta, las cuales favorecen de manera específica a quienes cumplen la actividad docente, que es la ejercida por la actora, lesiona abiertamente su derecho al trabajo.

En efecto, amparada en la misma norma constitucional que la Caja invoca y en la normatividad legal que consagra el régimen excepcional, la peticionaria puede percibir las mesadas correspondientes a su pensión sin que para ello deba renunciar al cargo de docente y, a la inversa, le es posible trabajar al servicio de la enseñanza sin que, contra su voluntad de hacerlo, pueda CAJANAL oponer la consecuencia de una pérdida del derecho a la pensión, ya que con ello impondría al trabajo un castigo que, para casos como el controvertido, no tiene sustento en norma alguna.

Observa la Corte que en la Resolución 035763 del 2 de septiembre de 1993, mediante la cual la Caja de Previsión impone a la actora las condiciones que han dado lugar a la tutela, se invocan los artículos 128 de la Constitución y 19 de la Ley 4ª de 1992.

A todas luces, la referencia a tales normas es equivocada, pues de sus textos no surge la consecuencia de que la administración pueda enervar los efectos de las disposiciones excepcionales que permitan recibir más de una asignación del tesoro público, sino todo lo contrario: que la persona cobijada por dichas excepciones tiene derecho, a diferencia de la generalidad, a percibir ingresos del Estado bajo modalidades distintas y acumulables.

Entonces, la Caja ha traído en su apoyo una normatividad que de ninguna manera puede fundamentar las determinaciones adoptadas y que, en cambio, significa palmario desconocimiento del derecho al trabajo consagrado en la Constitución.

Además, es claro para la Corte que, estando autorizada la peticionaria para ejercer como docente sin detrimento de su pensión, la restricción proveniente del acto administrativo vulnera su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otra parte, se discrimina inconstitucionalmente a la demandante respecto de otros maestros en sus mismas condiciones, también amparados por las normas de excepción, a quienes no se les causa el perjuicio por ella sufrido. Con ello resulta quebrantado el derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.).

Ahora bien, la resolución proferida por Cajanal es un acto administrativo contra el cual la solicitante puede ejercer las acciones ante la jurisdicción correspondiente.

Existe, entonces, otro medio judicial para la defensa de su derecho, por lo cual la única forma de brindarle protección por esta vía consiste en concederle un amparo transitorio, con el objeto de evitar un perjuicio irremediable. Este se da, sin duda, en el presente caso, pues basta que se aplique a la demandante la resolución administrativa en todo su rigor -tal como tendría que hacerse mientras se pronuncia la jurisdicción contencioso administrativa- para que le sea imposible ejercer la docencia o pierda el derecho a su pensión. Se le impide, por tanto, de manera irreversible, por el lapso que demore el proceso, cumplir una actividad durante tiempo útil que se pierde y que después no podrá recuperarse, si se tiene en cuenta especialmente el factor de la edad.

El artículo 8º del Decreto 2591 de 1991 establece que, cuando se conceda la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el juez podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

Desde luego, en tales eventos, la orden judicial permanece vigente tan sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso, debe advertirse, como lo hace el precepto legal, que el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela.

Obviamente, ese término no revive los de caducidad de las acciones contencioso administrativas que ya hubieren empezado a transcurrir.

Se revocarán las sentencias materia de revisión.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCASE la Sentencia proferida el 5 de octubre de 1994 por la Corte Suprema de Justicia -Sala Plena Laboral-, mediante la cual se confirmó el Fallo del 7 de septiembre del mismo año, pronunciado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, que negó la protección impetrada por Lucrecia Lozada Contreras.

Segundo.- CONCEDESE la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En consecuencia, en desarrollo de lo previsto por el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, SE INAPLICAN, en el caso de la peticionaria, los siguientes apartes de la Resolución 035763 del 2 de septiembre de 1993, proferida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión:

-Del artículo 1º las expresiones "...siempre y cuando acredite el retiro definitivo del servicio oficial".

- La totalidad del artículo 3º.

Esta orden surtirá efectos a partir de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación.

Tercero.- La protección que se concede permanecerá vigente tan sólo mientras la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo decide de fondo sobre la acción que la peticionaria haya instaurado contra el indicado acto administrativo.

Esta Sentencia no revive los términos de caducidad de la acción contencioso administrativa.

Cuarto.- LIBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-065
de febrero 21 de 1995

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS - Competencia
para conocer acción de tutela

Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad se incluyen dentro del término "jueces" establecido en el artículo 86 de la Carta Política. Por consiguiente, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad es competente para conocer de la pretensión de la tutela.

DERECHOS DE LOS INTERNOS / DIGNIDAD HUMANA DE LOS INTERNOS

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 vísitas 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. Por otro lado, los internos ejercitan ciertos derechos fundamentales en un ámbito de menor restricción como "sus derechos a la expresión, enseñanza, reunión y asociación, siempre y cuando, no se atente contra los derechos de los demás y su ejercicio no sea obstáculo para el logro de la convivencia pacifica, la prevalencia del interés social, la moralidad, las buenas costumbres, la seguridad y la salubridad, entre otros, dentro de los límites que impongan la ley y los reglamentos

VISITAS EN LAS CARCELES - Regulación / **SEGURIDAD CARCELARIA** - Uso de peluca / **LEGITIMACION POR ACTIVA**

La potestad administrativa de regulación de visitas es una expresión del poder de sujeción especial de la administración, la cual tiene fundamento constitucional en la necesidad de mantener la seguridad, la salubridad y, en general, la conservación de las condiciones necesarias para la ejecución de la pena o medida de aseguramiento en forma digna. El ingreso de visitantes con cabello sintético al centro carcelario altera las circunstancias normales de reclusión y crea un factor potencial de alto riesgo en la seguridad de la cárcel, pues la experiencia carcelaria ha comprobado que el cabello sintético removible introducido por los visitantes ha sido utilizado para cristalizar fugas de internos, tal y como lo señalan las directivas del establecimiento carcelario. Se podría alegar como violado el derecho al libre desarrollo de la personalidad jurídica del visitante, sin embargo, el accionante no tendría la legitimación para interponer la tutela por un tercero estando éste habilitado para hacerlo.

REGLAMENTO CARCELARIO - Publicidad

La publicidad de los reglamentos de las cárceles no se puede sólo sujetar a la previsión del inciso primero del artículo 43 ibídem, que señala la publicación se da a través del Diario Oficial, o en diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto o en un periódico de amplia circulación en el territorio dondes sea competente quien expide el acto. Una publicidad limitada a lo anterior no cumpliría su función principal en el caso en concreto: informar el contenido del reglamento interno al interno y al visitante. Así las cosas, para la publicidad del acto en mención debe aplicarse, adicionalmente, el segundo inciso del artículo 43 ibídem. La publicación que desarrolla el inciso segundo citado es la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios y por bando. Tales métodos de publicación son las eficaces en las circunstancias carcelarias. La prohibición del reglamento carcelario, en estricto sentido, no fue aplicada, por tanto, no procede la acusación por la presunta falta de difusión del reglamento interno del centro carcelario, aun cuando la Corte recuerda a las autoridades carcelarias que es su obligación constitucional dar a conocer, por medios idóneos, el contenido de tales reglamentos.

Ref: expediente t-54026

Peticionario: Jhon Luis Valencia Castillo.

Procedencia: Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Temas:

- Los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y la Acción de Tutela.

- Los derechos de los reclusos y la potestad administrativa de regulación de visitas en los centros carcelarios. El examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida administrativa.

Santafé de Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero 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 proceso de tutela identificado con el número de radicación T-54026, adelantado por Jhon Luis Valencia Castillo.

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 esta Sala, la cual recibió formalmente el expediente el día 14 de diciembre de 1994.

1. Solicitud

Jhon Luis Valencia Castillo impetró acción de tutela contra la Penitenciaría Nacional de Tunja "El Bame", fundamentado en los siguientes hechos:

a) Jhon Luis Valencia Castillo se encuentra recluido en la Penitenciaría Nacional de Tunja "El Bame".

b) El día 16 de octubre de 1994, día de visitas, se negó la misma a la madre del antecitado, María Dolores Castillo, quien se había desplazado desde Turbo -Antioquia-, dado que poseía cabello sintético.

Se deduce del escrito que contiene la petición de tutela que el actor propone la acción de la referencia con el fin de que no se continúe violentando su derecho a la protección integral de la familia (artículo 42 C.P.). Alega, además, que no existe difusión del reglamento interno del centro carcelario que permita conocer de antemano las prohibiciones para el ingreso al penal.

2. Sentencia del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja. Providencia del 28 de octubre de 1994.

El Juzgado sostuvo que "no es verdad que la señora Dolores Castillo no hubiere ingresado a la visita, pues ella misma y en sentido contrario declara que incluso permaneció por espacio de una hora con su hijo, cuando le interrumpieron la visita por llevar el cabello sintético". Agregó el Juzgado de Ejecución de Penas que "se pudo establecer que a la visitante se le suspendió la visita por el cabello sintético y por haber pretendido ingresar al establecimiento suma de dinero superior a la permitida en el reglamento interno. Que no obstante estas dos razones, sí se le concedió la visita en sitio especial, en esa fecha y también se autorizó por parte del Director otra visita especial la que efectivamente se surtió el 18 de octubre del mismo año, tal como se colige de la minuta de guardia ... este último aspecto lo ratifica el petente en su declaración".

Seguidamente, el Juzgado estimó que "constituyen razones valederas las argumentadas por el Señor Director de la Penitenciaría el Barne, en cuanto a la prohibición de la visita de ingresar con cabello sintético obedece a motivos de seguridad, dada la experiencia carcelaria, prohibición contemplada en el régimen interno y en la circular del 17 de mayo/1994 dirigida al personal visitante, reglamentaria de los requisitos de ingreso al establecimiento, electrodomésticos, líquidos, frutas, comestibles, prendas de vestir y accesorios, que no se les permite portar al ingresar al establecimiento por razones de seguridad".

Finalmente, el Juzgado en mención aseveró que "ante la inobservancia de requisitos establecidos por razones de seguridad para la visita, inobservancia por parte de la visitante Dolores Castillo, de justa manera actuó el Comandante de vigilancia, al permitir la visita especial, dado el sitio lejano y sacrificio que le había implicado a la Señora Dolores Castillo para visitar a su hijo. Actitud confirmada por el Señor Director de la Penintenciaría el Barne, al conceder nueva visita especial a la señora Dolores Castillo para el día 18 de octubre siguiente. De otra parte, fácilmente pudo haber obrado la visitante para el día de los hechos, deshaciendo sus trenzas de las que pendía el ca-

bello sintético, esto es, someterse a los requisitos como éste para haber efectuado ese día su visita normalmente, requisito que no es denigrante ni atenta contra la dignidad humana, pues el cabello sintético constituye un adorno para que el cabello de la apariencia de ser más largo".

Así las cosas, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja denegó la tutela impetrada por Jhon Luis Valencia Castillo.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. 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 tercero 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.

2. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad como juez de tutela.

La tutela de la referencia es instaurada ante un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, por lo cual pueden surgir dudas al respecto de la competencia del mencionado funcionario para ser juez constitucional de control concreto. Comienza la Corte por avocar este tema.

La acción de tutela, según reza el artículo 86 de la Carta, debe ser impetrada ante los jueces. Esto significa, que el funcionario ante quien se intenta la acción en comento debe tener jurisdicción en forma permanente y principal. Así mismo, debe decidir conforme a derecho con autonomía e independencia.

La competencia principal y permanente del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad es la administración de justicia en un aspecto específico: la ejecución de la sentencia de los jueces penales (art. 51 del Código Penitenciario y Carcelario y Libro IV del Código de Procedimiento Penal). Se verifica lo anterior al notar que en las decisiones de los mentados jueces va envuelto un poder decisorio definitivo que de forma autonóma e independiente resuelve una situación jurídica.

En conclusión, la Sala de Revisión considera que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad se incluyen dentro del término "jueces"

establecido en el artículo 86 de la Carta Política. Por consiguiente, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja era competente para conocer de la pretensión de la presente tutela.

3. Temas a tratar

El peticionario de la presente acción de tutela plantea la presunta violación de sus derechos fundamentales, partiendo de su condición de interno en un establecimiento penitenciario colombiano. Las directivas del centro carcelario, por su parte, aducen que la conducta acusada se enmarca dentro de la competencia de regulación de visitas en la cárcel, por lo cual consideran que no hubo ninguna violación de derechos fundamentales. Para la Corte Constitucional el punto central a ser resuelto en esta tutela es si las medidas administrativas tomadas por el centro carcelario se inscriben en su ámbito de competencia y respetan los derechos fundamentales de los internos. Para ello, la Corporación, inicialmente, expondrá la situación jurídica de los internos; más tarde, explicará la naturaleza de la potestad administrativa de la regulación de visitas. Finalmente, analizará la razonabilidad y proporcionalidad de la medida administrativa en el caso concreto.

4. Los derechos fundamentales de los internos.

La persona recluida en un centro carcelario mantiene su dignidad humana, como lo reconoce el artículo 5º constitucional al expresar que "el Estado reconoce, **sin discriminación alguna**, la primacía de los derechos inalienables de la persona" (subrayas fuera de texto). El hecho de la reclusión no implica la pérdida de su condición de ser humano, porque, como lo indica la función y finalidad de la pena, ésta se ejecuta para la protección de la sociedad, la prevención del delito y, principalmente, como un proceso de resocialización del sujeto responsable del hecho punible.

De lo anterior se desprende que 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.

Por otro lado, los internos ejercitan ciertos derechos fundamentales en un ámbito de menor restricción como "sus derechos a la expresión, enseñanza, reunión y asociación, siempre y cuando, no se atente contra los derechos de los demás y su ejercicio no sea obstáculo para el logro de la convivencia pacífica, la prevalencia del interés social, la moralidad, las buenas costumbres, la seguridad y la salubridad, entre otros, dentro de los límites que impongan la ley y los reglamentos" [1].

Finalmente, hay ciertos derechos que los internos ejercitan plenamente, con la única y lógica restricción del respeto de los derechos de los demás, como el derecho a la vida, la libertad de cultos, la protección contra las torturas y los tratos o penas degradantes, la prohibición de la esclavitud, la libertad de conciencia, entre otros.

En ese orden de ideas, la singular situación de los internos no es óbice para que su dignidad humana permanezca intacta.

5. La potestad administrativa de regulación de visitas

En el presente caso, la acción va dirigida hacia la conducta de la administración de la Penintenciaría Nacional de Tunja "El Barne". Tal conducta está fundamentada en la potestad administrativa de regulación de visitas que tiene el Director de cada penal, la cual debe estar sujeta a un reglamento general expedido por el INPEC -Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-. Así las cosas, es de radical importancia analizar la naturaleza y límites de tal potestad.

Entre la Administración y el administrado existe una normal relación de supremacía o sujeción, en la cual toda persona se encuentra bajo la potestad organizativa de la Administración. Así mismo, se presentan otros casos en los cuales la intensidad de relación de sujeción aumenta debido a las circunstancias especiales en las cuales se presenta la interacción entre la Administración y el administrado. En efecto, se presentan ciertos eventos en los cuales la posición del administrado en la sociedad comporta una serie de obligaciones especiales de éste con la sociedad. A guisa de ejemplo, tenemos los casos de la prestación del servicio militar, la prestación de trabajo como funcionario público, la utilización de un servicio público. A su vez, la administra-

1. Corte Constitucional. Sentencia No. T-219 del 9 de junio de 1993. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

ción cuenta con poderes adicionales para hacer cumplir la singular obligación. Tal poder de sujeción especial es conocido como poder disciplinario.

En el caso del interno, éste se encuentra en una posición en la cual tiene la obligación social especial de cumplir una medida de aseguramiento, dada su vinculación a un proceso penal, o una pena debido a que es responsable de la comisión de un hecho punible. La obligación señalada deja en cabeza de la administración un poder especial sobre el interno a fin de que el recluido cumpla cabalmente con la pena o medida se aseguramiento impuesta por el Estado.

Una de las manifestaciones del poder de sujeción especial en referencia a los internos es la potestad de regulación de visitas, cuya competencia corresponde a cada director de centro carcelario (artículo 53 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario). Así, el establecimiento señala ciertos requisitos para las visitas a los centros de reclusión (artículo 112 ibídem). Esta regulación, a pesar de tener como destinatarios tanto a la persona del exterior del penal que concurre a la visita del interno como al interno, también hace parte del poder de sujeción especial, porque el visitante tiene que someterse al régimen de seguridad que tienen los internos para el cumplimiento efectivo de su pena o de su medida de aseguramiento. En efecto, el interno es destinatario del acto porque altera el único vínculo directo con la sociedad y la familia, por tanto, la medida afecta al interno en virtud de su obligación especial de pagar la pena impuesta o de cumplir la respectiva medida de aseguramiento; así mismo, el tercero visitante es destinatario del poder de sujeción especial porque sobre él recae la prohibición o restricción.

En conclusión, la potestad administrativa de regulación de visitas es una expresión del poder de sujeción especial de la administración, la cual tiene fundamento constitucional en la necesidad de mantener la seguridad, la salubridad y, en general, la conservación de las condiciones necesarias para la ejecución de la pena o medida de aseguramiento en forma digna. Al respecto de las cárceles, la Corte Constitucional ha sostenido que:

Las Cárceles no constituyen únicamente lugares de castigo o de expiación de los delitos, sino que, desde el punto de vista del interés social, cumplen la función de rehabilitar y readaptar al delincuente, constituyéndose a la vez en factores esenciales de la seguridad y la paz colectivas, pues la reclusión de enemigos públicos, aunque no implique la eliminación total ni definitiva de los riesgos que afronta el conglomerado social -siempre asediado por la delincuencia- contribuye significativamente a su disminución.

La comunidad tiene derecho a que el Estado le garantice una eficaz, permanente y cuidadosa guarda de los centros carcelarios y penitenciarios. A cargo de aquél está impedir, además de las fugas de los internos,

la comisión de actos ilícitos en el interior de los establecimientos y la ocurrencia de eventos que perturben el orden público.*(subrayas fuera de texto)*[2]

6. La razonabilidad y proporcionalidad de la medida administrativa en el caso en concreto

Las medidas originadas en la potestad administrativa de regulación de visitas en un centro carcelario tiene las limitaciones de todo acto administrativo de carácter general, entre las cuales se destacan la razonabilidad y la proporcionalidad. En efecto, si tales se aplican a los actos discrecionales (artículo 36 del Código Contencioso Administrativo), con mayor razón son elementos hermenéuticos para la definición de la actuación administrativa reglada.[3] Las medidas señaladas para ser razonables y proporcionales deben perseguir un interés constitucional legítimo, a través de una relación razonable de adecuación entre el medio adoptado y el objetivo estatal buscado; y, en un ejercicio de ponderación, la medida adoptada debe tener el efecto menos gravoso para el derecho constitucionalmente protegido de la persona afectada.

Ahora bien, en el caso bajo análisis, el fin motivo de la medida es legítimo (orden público -art. 2 C.P.-, seguridad de los internos). Además, es un fin importante para la conservación del Estado de derecho. Existe una correspondencia entre el fin propuesto (la seguridad de los internos) y el medio utilizado (la prohibición del ingreso de visitantes con cabello sintético). En efecto, el ingreso de visitantes con cabello sintético al centro carcelario altera las circunstancias normales de reclusión y crea un factor potencial de alto riesgo en la seguridad de la cárcel, pues la experiencia carcelaria ha comprobado que el cabello sintético removible introducido por los visitantes ha sido utilizado para cristalizar fugas de internos, tal y como lo señalan las directivas del establecimiento carcelario (folio 9).

Finalmente, la medida no es demasiado gravosa para los derechos de los internos y de los visitantes al centro carcelario. En este caso, la medida afectaba en forma directa a la visitante, pues sobre ella recaía la prohibición señalada. Según la juez de tutela, la cual verificó personalmente el estado y características del cabello sintético (folio 4), la madre del accionante "fácilmente pudo haber obrado ... deshaciendo sus trenzas de las cuales pendía el cabello sintético". Esto significa que era sencillo remover el cabello

---

2. Corte Constitucional. Sentencia No. T-016 del 30 de enero de 1995. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

3. Corte Constitucional. Sentencia No. C-071 del 23 de febrero de 1994. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero

señalado y, por tanto, no significaba una carga excesiva en contra de los derechos de la visitante.

Se podría alegar como violado el derecho al libre desarrollo de la personalidad jurídica del visitante, sin embargo, el accionante no tendría la legitimación para interponer la tutela por un tercero estando éste habilitado para hacerlo. En efecto, el artículo 10 del Decreto No. 2591 de 1991 prevé la posibilidad de impetrar la acción de tutela a través de representante. La Corte Constitucional ha entendido que "tratándose del representante del peticionario en ejercicio de la acción de tutela, éste debe ser un abogado habilitado legalmente y sometido a las reglas que regulan su profesión"[4] . Además, el mismo artículo establece que la acción de tutela puede ser promovida para agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, lo cual no ocurre en este caso, pues la madre del accionante no tiene ninguna limitación que le impida ejercer su derecho de defensa.

En ese orden de ideas, no se presentan violación o amenaza de derecho fundamental alguno pues se ha corroborado la razonabilidad y proporcionalidad del acto administrativo en mención. Además, en estricto sentido, en el caso bajo examen no se aplicó la prohibición prevista por el reglamento, pues fue permitida la visita en contra de los supuestos de la norma aludida. Las directivas del centro carcelario acusado permitieron las visitas de la madre del interno, aun con cabello sintético, pero en la sala de abogados (folio 10), espacio cuyas condiciones de seguridad disminuían el contenido de riesgo de la visita con cabello sintético, pues era posible extremar la vigilancia.

En tales circunstancias, no es admisible el cargo del accionante consistente en la falta de difusión del reglamento interno del centro carcelario como fundamento de una violación de un derecho fundamental, puesto que la prohibición no fue aplicada. Sin embargo, la Corte recuerda a las directivas de los centros carcelarios la obligación constitucional de la publicidad de la función administrativa, en virtud del artículo 209 C.P y su desarrollo legal, el artículo 43 C.C.A. Esta última disposición se debe interpretar adecuada a las circunstancias especiales de los internos. La publicidad de los reglamentos de las cárceles no se puede sólo sujetar a la previsión del inciso primero del artículo 43 ibídem, que señala la publicación se da a través del Diario Oficial, o en diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto o en un periódico de amplia circulación en el territorio dondes sea competente quien expide el acto. Una publicidad limitada a lo anterior no cumpliría su

4. Corte Constitucional. Sentencia No. T-572 del 9 de diciembre de 1993. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz

función principal en el caso en concreto: informar el contenido del reglamento interno al interno y al visitante. Así las cosas, para la publicidad del acto en mención debe aplicarse, adicionalmente, el segundo inciso del artículo 43 ibídem. La publicación que desarrolla el inciso segundo citado es la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios y por bando. Tales métodos de publicación son las eficaces en las circunstancias carcelarias.

En síntesis, para la Corte, una medida administrativa de las directivas carcelarias que restrinja los derechos de los reclusos o de sus familiares, no es constitucional por el sólo hecho de que ella se inscriba en la órbita de competencia de tales autoridades. Además ella debe respetar el principio de publicidad, perseguir un interés constitucionalmente legítimo, guardar una relación razonable de adecuación entre el medio usado y el objetivo estatal perseguido y, finalmente, ella debe restringir el derecho protegido de la manera menos gravosa posible.

Ahora bien, en el caso en concreto es claro que no existió ni existe violación ni amenaza a ningún derecho fundamental, ya que la protección integral de la familia, derecho presuntamente violado, no se ve alterada por la legítima imposición de ciertos requisitos a la visita en el centro carcelario donde se encuentra el accionante. Es cierto que la medida tiene como destinaria la madre del accionante, en su carácter de visitante, pero esto no implica una violación o amenaza de algún derecho fundamental, pues la conducta de la administración es legítima. Se afirma que tal conducta es legítima porque hace parte del poder de sujeción especial que se aplica en el caso de los internos por su obligación especial de purgar una pena o de ejecutar una medida de aseguramiento. Además las reglamentaciones administrativas fueron razonables y proporcionales. Finalmente, la prohibición del reglamento carcelario, en estricto sentido, no fue aplicada, por tanto, no procede la acusación por la presunta falta de difusión del reglamento interno del centro carcelario, aun cuando la Corte recuerda a las autoridades carcelarias que es su obligación constitucional dar a conocer, por medios idóneos, el contenido de tales reglamentos.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia revisada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja dentro del proceso de la referencia.

Segundo: COMUNICAR a través de la Secretaría General de la Corte Constitucional el contenido de la sentencia al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, al Director de la Penitenciaría Nacional de Tunja "El Barne", al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, al Ministro de Justicia y del Derecho, al Defensor del Pueblo.

Tercero: NOTIFICAR personalmente, a través del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, el contenido de esta Sentencia al peticionario de la presente tutela.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA., Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-066
de febrero 22 de 1995

LIBERTAD DE LOCOMOCION - Obstrucción / **VIVIENDA** - Dificultad para ingresar / **DERECHO A LA INTIMIDAD** - Núcleo esencial / **TUTELA CONTRA REGISTRADURIA**

La libertad de locomoción del accionante, evidentemente vulnerada con las obstrucciones que se producen en la zona de ingreso a su vivienda por el flujo de personas y vehículos que requieren del servicio público a cargo de la entidad cuya conducta es cuestionada, no cuenta con las instalaciones necesarias para prestarlo adecuadamente sin sacrificar el derecho de los vecinos a entrar y salir libremente de sus casas, convirtiéndose por lo tanto en la causa eficiente de dicha perturbación, con lo cual se pone en evidencia la necesaria relación de causalidad entre su presencia en el lugar y la lesión de los derechos del accionante que se produce, igualmente y por el mismo motivo, en relación con el derecho a su intimidad personal y familiar, cuyo núcleo esencial, como tiene definido la doctrina constitucional, se define como el espacio intagible, inmune a intromisiones externas sin el consentimiento de su titular, del que se deduce un derecho a no ser visto o escuchado cuando no se desea, derecho que se vulnera

DESPACHOS PUBLICOS - Ubicación / **ZONA RESIDENCIAL** - Oficina Pública

No es la ubicación de las oficinas de las entidades administrativas la que pone en peligro a los particulares por posibles ataques terroristas, sino que son la misma incursión guerrillera o la delincuencia común los que causan este peligro, lo cual no significa en modo alguno que las autoridades puedan sustraerse de su obligación de proteger a todos los habitantes en sus vidas, honra, bienes creencias y demás derechos y libertades, y en relación con situaciones de eventual peligro, su integridad física y la paz. Por tanto, y como consecuencia del principio de igualdad en las cargas públicas, siempre que

medie una adecuada protección de las autoridades, el derecho a la vida no se puede tutelar contra eventos inciertos.

NORMAS URBANISTICAS - Acatamiento

Si bien las entidades públicas deben ajustarse a las regulaciones urbanísticas de una ciudad, como no ocurrió en el caso presente, es el Departamento Administrativo de Control Urbano de Cúcuta el encargado de aplicar los correctivos necesarios, y en el evento de promoverse la acción judicial corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, de manera que no es la acción de tutela el medio conducente para la protección de los derechos reclamados por existir otros mecanismos para la defensa judicial.

DERECHO A LA PAZ / DERECHO A LA SEGURIDAD / ACCION POPULAR

La protección de los derechos a la paz y a la seguridad por vía de la acción de tutela es improcedente, pues se trata de derechos colectivos cuya protección se obtiene a través de las acciones populares. Sólo se accede a la protección al derecho a la intimidad del accionante y su familia.

Ref.: Expediente No. T-50845

Peticionario: Shauki Isa Brahim sus contra la Delegación Departamental de la Registraduría Nacional Del Estado Civil para Norte de Santander y Especial de Cúcuta.

Tema: Derecho a la Intimidad, Propiedad, a la Vida, Libre Circulación, Derecho a la Familia y a la Paz.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santafé de Bogotá, febrero veintidos (22) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz Y Hernando Herrera Vergara procede a revisar el fallo proferido en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil de Cúcuta el día 6 de Septiembre de 1994 y la sentencia de segunda instancia expedida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 10 de octubre de 1994, dentro del proceso de la referencia.

El expediente llegó al conocimiento de esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional por remisión que le hizo la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Con fundamento en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991 la Sala de Selección Número Doce (12) de la Corte Constitucional escogió, para efectos de revisión, la presente acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

El accionante ha acudido al mecanismo de la tutela, con el fin de que le sean protegidos sus "*derecho de libertad de circulación, propiedad, vida, derecho a la familia, a la paz y a la intimidad, los cuales se encuentran lesionados, por la acción de la Delegación Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil para Norte de Santander y Especial de Cúcuta, al haber trasladado arbitrariamente sus oficinas a un inmueble vecino al suyo, infringiendo las normas urbanísticas de la ciudad, con lo cual, de otra parte, se amenaza el derecho a la vida y el derecho a la paz de los que allí habitan*".

Son fundamentos de la presente acción de tutela los siguientes:

HECHOS

1. El señor Shauki Isa Brahim sus, es propietario desde hace 23 años de un inmueble situado en el Barrio Blanco, del sector residencial correspondiente a estrato alto de la ciudad de Cúcuta, ubicado en la calle 22 No. 0 B-58.

2. En el año de 1991 el Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil reconstruyó un inmueble ubicado en la calle 22 No. 0B-86 del menciondado barrio con el fin de que allí funcionara la Delegación Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil para Norte de Santander y Especial de Cúcuta, inmueble en el que desde el mes de julio de ese año tal despacho atiende al público que requiere sus servicios, lo cual ha generado un flujo permanente de personas, vehículos, vendedores ambulantes, plastificadores de cédulas, cuya presencia se intensifica en época electoral, lo cual ha causado deterioro en el espacio público y ha hecho que el sector se torne invivible, a juicio del accionante, por todas las incomodidades que esta situación genera, entre las cuales también se cuenta la dificultad en el ingreso a los hogares de las personas que residen en el vecindario.

3. La situación planteada ha disminuido en forma ostensible el valor comercial de su inmueble y ha obligado a varias familias del sector a abandonar sus residencias ante la imposibilidad de vivir tranquilamente, por lo cual se ha demandado la actuación del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil por vía contencioso administrativa, con el fin de lograr su traslado a otro lugar y de obtener la indemnización de perjuicios correspondiente.

Durante el trámite de esta acción, se precisó que se solicitaba la tutela de los derechos como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, que tendría lugar en caso de producirse un atentado contra la entidad pública demandada, mientras el juez administrativo falla las acciones que se han instaurado, ordenando el citado traslado de la Delegación Departamental de la Registraduría y Especial de Cúcuta del sector que actualmente ocupa.

4. El accionante presentó acción de tutela el día 23 de agosto de 1994, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil de Decisión de la ciudad de San José de Cúcuta, con el fin de que se le protejan a él y a su familia los derechos fundamentales que considera violados.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos expuestos y en el Decreto 2591 de 1991, el accionante solicita que le sean protegidos los derechos fundamentales que le han sido lesionados por la ubicación física en que se encuentran las oficinas de la Delegación Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil de Norte de Santander y Especial de Cúcuta, como son el derecho de libre de circulación, a la propiedad, a la vida, a la familia, a la paz y a la intimidad.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

A. Primera instancia

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, previamente al pronunciamiento respectivo, ordenó recaudar los testimonios de personas vecinas del lugar; solicitó al Alcalde Municipal de de Cúcuta que ordenara expedir copia del permiso para construcción, traslado y funcionamiento de la Registraduría Nacional del Estado Civil hacia el Barrio Blanco; adicionalmente ordenó inspección judicial al sector.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, de Cúcuta dictó sentencia el 6 de septiembre de 1994, y resolvió "*amparar el derecho de tutela instaurado por el señor Shauki Isa Brahim Sus, por la violación a los derechos fundamentales de libre circulación y a la intimidad*" y ordenó al señor Registrador Nacional del Estado Civil y a sus delegados en la Registraduría Nacional en Norte de Santander, que en el término de 15 días contados a partir de la notificación de la sentencia, adoptaran las medidas necesarias para garantizar los derechos fundamentales tutelados, bien sea mediante la vigilancia prestada por la Policía Nacional o por una Compañía de Vigilancia Privada.

Adicionalmente dispuso "*no tutelar los derechos constitucionales a la propiedad, a la paz y la seguridad del peticionario, su familia y los demás vecinos*", por cuanto consideró que aun cuando las propiedades vecinas del sector han tenido una ostensible merma en su valor comercial, la tutela fue concebida para brindar amparo eficaz y oportuno ante violaciones o amenazas a los derechos fundamentales. Afirmó esa Corporación que:

"*En el caso en estudio, es claro que el demandante al igual que todos los vecinos del sector contaban con medios de defensa judiciales distintos de la acción de tutela encaminados a obtener el resarcimiento de los perjuicios causados con la instalación de la Registraduría y entre ellos, debe contarse principalmente el perjuicio materializado en la desvalorización de sus propiedades. Tanto es así, que el accionante, instauró ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Norte de Santander, la correspondiente acción contenciosa del Restablecimiento del Derecho, como se pudo observar en los documentos allegados por el propio demandante.*"

Para resolver favorablemente la tutela de los derechos a la libre circulación y a la intimidad del accionante, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de San José de Cúcuta, expuso los siguientes argumentos:

"*(...) El derecho a la libre circulación, es innegablemente un derecho fundamental del individuo que tiene que ver directamente a su propio desarrollo material e intelectual y que, sencillamente puede definirse como la posibilidad de desplazarse libremente de un lugar a otro.*

En el caso en estudio, dentro de la actuación de la autoridad, que para el caso lo son los señores Delegados del Registrador Nacional, no le compete directamente el de estar pendiente sobre la limitación a este derecho de circulación que imponen a los vecinos del lugar y de manera concreta los usuarios del servicio público prestado por la Registraduría, bien de manera personal o con sus vehículos parqueados frente, no sólo de las oficinas de la Registraduría, sino igualmente frente a las residencias de los vecinos, debe entenderse que esa limitación a dicho derecho fundamental, sí se presenta con razón o motivo de la prestación del servicio y que por lo tanto, resulta no sólo posible sino indispensable adoptar medidas viables que organicen externamente la prestación del servicio, faciliten el acceso a las propias dependencias y no hagan nugatorio este derecho a los propios residentes del sector.

De la misma manera debe predicarse sobre el derecho a la intimidad, pues, es igualmente cierto que las conductas de los particulares que como usuarios del servicio público prestado por la Registraduría, realizan y que traspasan los límites de la intimidad particular o familiar, no son directamente conductas imputables a los Delegados del Registrador Nacional, si se presentan con razón de la ubicación en el lugar de las oficinas de la

Registraduría Nacional del Estado Civil por motivo de la prestación del servicio y por lo tanto, debe entenderse que sí se hace necesario adoptar medidas que garanticen y preserven la necesaria a la que todo individuo y toda unidad familiar tiene derecho(...)"

La sentencia fue impugnada por el accionante al no compartir los criterios con que se tutelaron unos derechos y se negaron los restantes. Fundamentó su impugnación en los mismos argumentos de la demanda inicial.

B. Segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, dictó sentencia el 10 de octubre de 1994, y resolvió confirmar la sentencia de primera instancia con los siguientes argumentos:

"(...) En las grandes concentraciones de población y porque así lo demanda el interés general, los inmuebles no pueden ser utilizados al arbitrio de sus dueños poseedores o tenedores, pues su destinanción se haya sometida a reglamentos de zonificación y planes reguladores destinandos unos y otros a imprimirle al suelo posibilidades restringidas de uso para el bienenstar de la comunidad que implican deberes sociales y limitaciones de obligatoria observancia para los particulares y para las entidades estatales sin excepción, habida cuenta que, entender lo contrario, supone sin más ignorar el categórico mandato del inciso segundo del artículo 82 de la Constitución Política y hacer de la planeación urbana un catálogo de ilusorios propósitos sin vigencia en la realidad.

No pueden las entidades públicas pasar por alto las regulaciones urbanísticas de una ciudad dadas las serias consecuencias que de este censurable comportamiento se derivan, de las cuales, el presente caso suministra un elocuente ejemplo. Ni de otra parte aquellas entidades encargadas de asegurar la obligatoriedad de tales reglamentos, en guarda del interés general, eludir o dejar de aplicar oportunamente los medios coactivos establecidos en la ley para garantizar la ordenación urbanística haciendo uso de los poderes de policía de los que son titulares para hacer efectiva contra los infractores la responsabilidad por transgresiones urbanísticas ya consumadas, sino también para que con celeridad se tomen las medidas convenientes en procura de subsanar las injustificadas desviaciones que las infracciones llevan consigo, restaurándose así el imperio integral de la ordenación administrativa del uso del suelo urbano.(...)"

"(...) cuando la afectación de la tranquilidad, en determinadas circunstancias o situaciones concretas, conlleva la vulneración o amenza de violación de un derecho fundamental como la vida o la intimidad, puede ser protegida a través del mecanismo de tutela; se produce así una especie de

absorción del derecho a la tranquilidad por el derecho constitucional fundamental que requiere la protección". (T 325 de 1993)

(...)

Finalmente, no sucede lo mismo con la libertad de locomoción del accionante, evidentemente vulnerada con las obstrucciones que se producen en la zona de ingreso a su vivienda por el flujo de personas y vehículos que requieren del servicio público a cargo de la entidad cuya conducta es cuestionada, que como ya se dijo, no cuenta con las instalaciones necesarias para prestarlo adecuadamente sin sacrificar el derecho de los vecinos a entrar y salir libremente de sus casas, convirtiéndose por lo tanto en la causa eficiente de dicha perturbación, con lo cual se pone en evidencia la necesaria relación de causalidad entre su presencia en el lugar y la lesión de los derechos del accionante que se produce, igualmente y por el mismo motivo, en relación con el derecho a su intimidad personal y familiar, cuyo núcleo esencial, como tiene definido la doctrina constitucional, se define como el espacio intagible, inmune a intromisiones externas sin el consentimiento de su titular, del que se deduce un derecho a no ser visto o escuchado cuando no se desea, derecho que se vulnera cuando como en el presente caso sucede, de acuerdo con los testimonios rendidos durante el trámite de la presente acción, los usuarios de los servicios públicos a cargo de la Registraduría penetran en la propiedad del accionante, permanecen en la terraza de acceso a su casa e incluso satisfacen allí sus necesidades fisiológicas, de manera que el derecho a la intimidad también habrá de recibir protección por este medio, sin que le sea dado a esta Corporación tomar medidas adicionales a las dispuestas por el Tribunal, pues de acuerdo con criterios atrás expuestos, es a las autoridades administrativas, en ejercicio de las funciones que le son propias, a quienes les corresponde adoptar con prontitud las medidas que de acuerdo con disposiciones de vigencia tanto nacional como local, sean procedentes para darle solución definitiva a la deplorable situación de la cual da cuenta este expediente(...)"

Esa Corporación no accedió a la protección del derecho a la vida, pues consideró que la amenaza por un posible atentado guerrillero es un riesgo que se ve disminuido por la presencia de la fuerza pública. Tampoco tuteló el derecho a la propiedad por existir otros mecanismos para el eventual reconocimiento de las pretensiones indemnizatorias.

D. Remisión del expediente a la Corte Constitucional

Una vez resuelta la impugnación presentada por el accionante, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, dando cumplimiento a lo dispuesto por el inciso 2o. del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, remitió el

expediente a esta Corporación para efectos de su eventual revisión, Después de haber sido seleccionada y repartida, entra a la Sala Sexta de Revisión a estudiar y fallar el asunto de la referencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para proferir sentencia en relación con la providencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero y 241 numeral 9o. de la Constitución Nacional.

Segunda. El asunto sometido a revisión

El accionante acudió a la tutela con el fin de obtener la protección de los derechos a la propiedad; a la vida, intimidad, libre circulación y a la paz suyos, de su familia y de los demás vecinos del sector; y el derecho a la familia, los cuales considera vulnerados como consecuencia de la instalación de las oficinas de la Registraduría Nacional Del Estado Civil para Norte de Santander y Especial de Cúcuta.

Esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la improcedencia de la acción de tutela respecto al cierre o traslado de oficinas de entidades públicas, tal como lo expresan tanto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, como la Corte Suprema de Justicia, la cual, además sustenta su decisión en jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, quien ha expresado lo siguiente sobre el punto mencionado:

> *"La Constitución declara solemnemente en su Preámbulo que los fines buscados por el Constituyente al sancionarla y promulgarla no son otros que los de "fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo", expresiones todas estas que consagran el bien común como fundamento de la sociedad y del Estado.*
>
> *El artículo 1o. de la Carta desarrolla esta voluntad del Constituyente cuando, al enunciar los fundamentos del Estado Social de Derecho,* ***incluye la prevalencia del interés social general como una de las características esenciales de la organización política.***

Los órganos que integran las ramas del poder público y las demás dependencias del Estado han de tener este principio constitucional como criterio básico en el ejercicio de sus atribuciones y competencias.

La actividad de la administración pública, en todos sus niveles, tiene que cumplirse, entonces, dentro de una perspectiva en la que no se pierda de vista y, por el contrario, se persiga de manera constante y prioritaria el beneficio colectivo, con la óptica social que lo anteponga a intereses individuales o de grupo.

Tal es la concepción que debe presidir toda actuación de los funcionarios del Estado y para el caso que nos ocupa, de los miembros de la Fuerza Pública, concretamente de la Policía Nacional, cuya función esencial consiste en asegurar a todos los habitantes del territorio nacional la convivencia pacífica, al igual que la protección a todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, para lo cual dispone de los recursos y los instrumentos necesarios para repeler cualquier tipo de agresión o ataque que afecte tales derechos. ***No podrá entonces preferirse la protección de unos intereses particulares en desmedro del interés general que asiste a toda la colectividad.***"[1] (subrayado fuera del texto)

Además, como también lo ha manifestado la Corte Constitucional, no es la ubicación de las oficinas de las entidades administrativas la que pone en peligro a los particulares por posibles ataques terroristas, sino que son la misma incursión guerrillera o la delincuencia común los que causan este peligro, lo cual no significa en modo alguno que las autoridades puedan sustraerse de su obligación de proteger a todos los habitantes en sus vidas, honra, bienes creencias y demás derechos y libertades, y en relación con situaciones de eventual peligro, su integridad física y la paz. Por tanto, y como consecuencia del principio de igualdad en las cargas públicas, siempre que medie una adecuada protección de las autoridades, el derecho a la vida no se puede tutelar contra eventos inciertos. Sobre el particular ha dicho la Corporación:

"En cuanto al asunto en sí, considera esta Corporación que el peligro para la población de Santo Domingo no se origina en la presencia de la Policía Nacional o en la construcción de su cuartel, sino en la presencia de grupos armados irregulares y en la posibilidad de que éstos ataquen al poblado. En caso de presentarse ésta ultima eventualidad, no solo estarían en peligro de muerte violenta o daño físico los habitantes del sector en que se encuentre el cuartel policial, sino todos los vecinos del Municipio -incluyendo a los de la Caja Agraria, Juzgados, Alcaldía y otros blancos casi cotidianos

1. Sentencia No. T-102 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

de los grupos guerrilleros-. Para proteger a la población en caso de ataque armado es que la Policía Nacional debe contar con la infraestructura necesaria y el cuartel, indudablemente, hace parte de ella. De no construirse en la calle en que habitan los petentes, habría que hacerlo en otro lugar del casco urbano donde los vecinos tendrían las mismas aprensiones que los accionantes y, también en ese hipotético caso, los vecinos inmediatos habrían de aceptar la vecindad del cuartel, en aras de hacer posible la protección de toda la población.

No debe olvidarse, finalmente, la situación actual de violencia en que se encuentra sumido el territorio nacional, y que colocan al ciudadano en unas condiciones de permanente riesgo en cuanto a las amenazas contra sus derechos fundamentales, y en especial contra su vida e integridad personal, factor de especial importancia al momento de entrar a determinar la mayor afección de unos derechos respecto a otros, como sucede en el asunto materia de revisión."[2]

En el caso presente, el posible riesgo de atentado se ve disminuido, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, por la presencia permanente de la fuerza pública en el sector.

En cuanto a los perjuicios económicos que haya podido sufrir el accionante, que implican una posible violación a su derecho de propiedad como consecuencia de la ubicación de las oficinas de la Registraduría en ese sector, el Tribunal Superior de Cúcuta negó acertadamente la tutela, debido al carácter subsidiario de esta acción, pues existe otro mecanismo de defensa judicial , el cual se ejerció en su oportunidad por el accionante, para los efectos de solicitar el resarcimiento de los perjuicios que se le pudieron causar, y cuyo proceso se encuentra en curso; razón por la cual esta Corporación acoge los argumentos que sobre el asunto sub-examine fueron expuestos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En relación con la posible violación del Código de Urbanismo y demás disposiciones vigentes por parte de la Registraduría, el Tribunal Superior de Cúcuta consideró que también existen otros mecanismos de defensa, tanto en la vía gubernativa como ante la jurisdicción contencioso administrativa. La Corte Suprema de Justicia agregó que si bien las entidades públicas deben ajustarse a las regulaciones urbanísticas de una ciudad, como no ocurrió en el caso presente, es el Departamento Administrativo de Control Urbano de Cúcuta el encargado de aplicar los correctivos necesarios, y en el evento de promoverse la acción judicial corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, de manera que no es la acción de tutela el medio conducente

2. Sentencia No. T-102 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

para la protección de los derechos reclamados por existir otros mecanismos para la defensa judicial.

De otro lado, como lo señala la Corte Suprema de Justicia, la protección del espacio público debe promoverse a través de las acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política. Sin embargo, al encontrarse desprotegido el derecho a la tranquilidad del accionante y de su familia por la presencia permanente de personas y de vehículos, como consecuencia de la ubicación de la Registraduría en ese sector, este derecho, así como el de permitir la libre locomoción, deben ser tutelados.

Sobre el particular, es pertinente la cita que hizo la Corte Suprema de Justicia en la providencia materia de revisión, cuando expuso:

"El derecho de las personas a la tranquilidad es materia propia de la normatividad constitucional, como se infiere del preámbulo que, al señalar los elementos estructurales del nuevo orden constitucional, alude a la convivencia y a la paz, que constituyen el sustento de la tranquilidad, lo cual se reitera más adelante en los artículos 2o, 15, 22, 28, 95, numeral 6o y 189, numeral 4 de la Carta, aunque de manera expresa el constituyente no consagró la tranquilidad como un derecho constitucional fundamental.

No obstante, cuando la afectación de la tranquilidad, en determinadas circunstancias o situaciones concretas, conlleva la vulneración o amenaza de violación de un derecho fundamental, vgr. la vida o la intimidad, puede ser protegida a través del mecanismo de la tutela; se produce así, una especie de absorción del derecho a la tranquilidad por el derecho constitucional fundamental que requiere la protección" [3]

Resta destacar que el artículo 6o. numeral 3o. del Decreto 2591 de 1991 consagra que la protección de los derechos a la paz y a la seguridad por vía de la acción de tutela es improcedente, pues se trata de derechos colectivos cuya protección se obtiene a través de las acciones populares. Sobre el particular ya se pronunció esta Corporación, mediante sentencia No. T-008 del 18 de mayo de 1992, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz.

El derecho a la familia del accionante no se considera vulnerado, pues en ningún momento la conducta de la Registraduría o de las personas que la visitan en busca de sus servicios, impiden su constitución o permanencia. Sólo se accede a la protección al derecho a la intimidad del accionante y su familia, en los términos de los fallos que se revisan, y por las razones anteriormente expuestas.

---

3. Sentencia No. T-325 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

Por todo lo anterior, la Corte Constitucional procederá a confirmar los fallos del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil, y el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 10 de octubre de 1994, en cuanto tutelaron la libertad de locomoción y el derecho a la intimidad del accionante y su familia, y en cuanto no accedieron a la tutela de los derechos de propiedad, a la paz y a la seguridad del peticionario, su familia y demás vecinos.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: Confirmar las sentencias dictadas por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 6 de septiembre de 1994, y por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 10 de octubre de 1994, en cuanto ordenaron la tutela de los derechos a la intimidad y a la libertad de locomoción del accionante y su familia, y negaron la tutela de los demás derechos invocados en la demanda.

Notifíquese, cóplese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-067
de febrero 22 de1995

PROCESO LABORAL - Indemnización compensatoria

La no petición subsidiaria de la compensación en dinero por el demandante en el proceso ejecutivo laboral por obligación de hacer llevó al juzgado y al Tribunal a proceder con sujeción a lo dispuesto en el artículo 495 inciso 3o. del Código de Procedimiento Civil, según el cual "deberá darse por terminado el proceso" por la circunstancia antes anotada, razón por la cual sobre este aspecto la Corte estima que dichas decisiones no son contrarias al debido proceso, y estuvieron fundadas en las disposiciones legales mencionadas.

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA / SENTENCIA - Cumplimiento / **REINTEGRO AL CARGO**

Es procedente la acción de tutela con el fin de obtener el cumplimiento de un fallo judicial, y que efectivamente se acate la decisión del juez, por cuanto el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia, tiene su sustento en una norma de rango constitucional, de manera que su desconocimiento comporta la violación de la misma, en cuanto el incumplimiento de la providencia judicial que ordena el reintegro implica la violación del derecho al trabajo de una persona y el acceso a la administración de justicia en aquellos casos como el que se examina, el accionante se encuentra en estado de subordinación e indefensión frente a su empleador, razón por la cual la tutela de estos derechos es el mecanismo adecuado para su protección. Cabe observar que el presente asunto no versa sobre reclamo de reintegro del trabajador que generalmente corresponde decidir a la justicia laboral, sino más bien de que a través del mecanismo de la acción de tutela se haga efectivo el cumplimiento de la providencia judicial. No puede olvidarse que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y "demás derechos", y uno de esos derechos es precisamente el que emana de la providen-

cias judiciales debidamente ejecutoriadas, a través de las cuales se ordena el reintegro al trabajo como derecho fundamental (artículo 25 C.P.) como una obligación que debe gozar en todas sus modalidades de la especial protección del Estado.

PRESTACIONES SOCIALES - Pago / **ACCION DE TUTELA** - Improcedencia / **MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**

No es de recibo ordenar el pago de los salarios, incrementos legales, afiliación al I.S.S. y prestaciones dejadas de percibir, solicitados por el accionante ya que de dichos conceptos, es improcedente la acción de tutela, toda vez que con relación a los mismos, existen otros medios de defensa judicial para dirimir y decidir dicha controversia, con fundamento en las pruebas relativas al monto de los salarios, base de liquidación y a los derechos que surjan de la seguridad social del trabajador, sin que haya lugar a decretarlos a través de este medio judicial ni a la condena en costas solicitado en la demanda de tutela.

Referencia: expediente No. T - 51.813

Accionante: Alexander Tenorio.

Tema: Acción de tutela como mecanismo para obtener el cumplimiento de sentencias.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santafé de Bogotá, febrero veintidós (22) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Hernando Herrera Vergara, procede a revisar los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Penal, el día dieciséis (16) de septiembre de 1994, y por la Corte Suprema de Justicia el día diez y nueve (19) de octubre del mismo año.

El negocio llegó al conocimiento de esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional por la vía ordinaria, en virtud de la remisión que hizo la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Con fundamento en los artículos 86 de la Constitución Política, y 33 del Decreto 2591 de 1.991, la Sala de Selección Número Once (11) de la Corte Constitucional escogió, para efectos de revisión, la presente acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

Alexander Tenorio, en su propio nombre, instauró acción de tutela contra los directivos de la empresa Lloreda Grasas S.A. Armando Lloreda Zamorano y María Claudia Gómez, Representante Legal y Gerente de Relaciones Industriales Laborales respectivamente, y contra la Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, Sala Laboral, con el fin de que se le protejan los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, al salario y a la estabilidad en el empleo, e invoca los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, para que le sean tutelados el derecho a la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, según lo dispone el artículo 228 de la Carta; y para que se le protejan también los derechos al debido proceso y a la cosa juzgada, al imperio de la ley y al acceso a la administración de justicia, en virtud del mandato contenido en los artículos 29, 121, 229 y 230 de la Constitución Política.

El accionante fundamenta la solicitud en los siguientes

HECHOS:

1. "*El juzgado 4 Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 94 proferida el 29 de junio de 1993, ordenó a la empresa LLOREDA GRASAS S.A. mi reintegro al cargo que tenía el 25 de abril de 1992 fecha en que injusta e ilegalmente fuí despedido y, al pago de los salarios desde la fecha del despido hasta el día del reintegro*". (...)

Esta sentencia quedó ejecutoriada, pues contra ella no se interpuso recurso legal alguno por parte del apoderado de la sociedad demandada.

2. Afirma el accionante que "*La empresa Lloreda Grasas S.A. y sus directivos incumplieron totalmente la sentencia, negándose en todo momento a reintegrarme y pagarme salarios*" y que por tal razón, "*(...) hice uso del derecho que me conceden las normas procesales de solicitar el cumplimiento de la sentencia mediante un proceso de ejecución que en este caso era mixto: Obligación de HACER (Orden de reintegro) y obligación de Pagar (Salarios) (...)*", demanda que presentó ante el mismo Juzgado 4° Laboral del Circuito de Cali.

3. El apoderado de la empresa, después de la notificación del auto o mandamiento de pago, no interpuso recurso alguno como tampoco formuló excepciones; solamente hasta el 10 de noviembre de 1993, afirma el accionante, hizo "*consideraciones personales*" mediante escrito dirigido al Juzgado acerca de la sentencia que ordenó a la empresa el reintegro, "*(...) donde se deduce que su representada no cumplirá la sentencia*".

En el mismo sentido, afirma el demandante, se expresó la Jefe de Relaciones Industriales de Lloreda Grasas S.A., María Claudia Gómez, en declaración que rindió ante la Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

4. En la demanda de tutela, el accionante manifiesta lo siguiente:

"El 27 de abril de 1994 y después de más de 7 meses de solicitar al juzgado 4° laboral del circuito de Cali la efectividad de la sentencia, mediante el trámite de un proceso ejecutivo, este despacho en un hecho que considero inusual jurídicamente, profirió el auto #393 por medio del cual dió por terminado EL "PRESENTE PROCESO EJECUTIVO" con el argumento de que ante la negativa de la empresa a reintegrar al trabajo y pagarme los salarios únicamente procedía la indemnización compensatoria, pero que al no estar solicitado en la demanda ejecutiva el pago de PERJUICIOS COMPENSATORIOS el proceso llegaba a su final y se daba por terminado!"

5. El accionante apeló ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali la decisión contenida en el auto No. 393 de fecha 27 de abril de 1994, por considerar que ese Despacho "*igualmente vulneró por las vías de hecho judiciales mi derecho fundamental al trabajo, al salario, a la seguridad social, a la estabilidad en el empleo y demás derechos (...)*".

5. Al resolver el recurso de apelación, el citado Tribunal Superior en providencia de fecha 28 de junio de 1994 revocó el auto recurrido, y en su lugar dio por terminado el proceso ejecutivo respecto de la obligación de hacer - orden de reintegro-.

6. Afirma el demandante en su escrito de tutela que "*Esta providencia del tribunal de fecha junio 28/94 me hizo una exigencia procedimental que no consagra la Constitución Nacional, ni el código sustantivo del trabajo ni los tratados internacionales que versan sobre derechos laborales*", consistente en no haber solicitado subsidiariamente los perjuicios compensatorios en la correspondiente demanda ejecutiva.

Contra la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, la apoderada del accionante interpuso recurso de súplica y propuso su nulidad, las cuales fueron resueltas desfavorablemente.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos expuestos, el accionante solicita:

a.- Que se suspenda la aplicación del auto No. 393 proferido por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Cali el 27 de abril de 1994, y del auto No. 019 del

28 de junio de 1994 emanado de la Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

b.- Que se ordene a los particulares Armando Lloreda Zamorano y María Claudia Gómez a cumplir la orden impartida en la sentencia No. 94 del 29 de junio de 1993 del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali consistente en el reintegro a su cargo de operario de empacadoras, y a que le cancelen los salarios desde el 25 de abril de 1992 hasta el día del reintegro efectivo al trabajo con los incrementos legales y demás derechos derivados del trabajo.

c.- Que se ordene a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali o al Juzgado 4° Laboral del Circuito de Cali cumplir con el debido proceso y a tramitar el proceso ejecutivo por obligación de hacer y de pagar una suma líquida de dinero en concordancia con las normas laborales.

d.- Que se condene en costas a los directivos de la empresa Lloreda Grasas S.A.

II. LA DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

a. Primera Instancia. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Con respecto a la demanda de tutela promovida por el actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia fechada el 8 de septiembre de 1994, resolvió tutelar el derecho fundamental al trabajo, ordenando a la empresa Lloreda Grasas S.A. al reintegro en los términos que reza la Sentencia 94 del 29 de junio de 1993 del Juzgado 4° Laboral del Circuito de Cali, en un plazo de 48 horas. Para fundamentar su decisión, la citada Corporación consideró:

1. "El estudio pormenorizado de los hechos en que se fundamenta la presente acción de tutela, suministra válidos argumentos para considerar que las pretensiones del actor, se encuentran atendidas con el eficaz logro judicial a través de dos instancias proferidas en favor del trabajador que actuó como demandante por conducto de apoderado judicial, la primera de las cuales ordenó el reintegro y pago de los salarios dejados de devengar hasta la fecha en que se cumpliera lo ordenado en la sentencia 094 de 29 de junio de 1993. Por este aspecto la tutela no es procedente en cuanto se refiere a pronunciamiento judicial de 1a y 2a instancia que goza de legitimidad al constituir una decisión que adquiere el carácter de res iudicata que no tiene la posibilidad legal de desvirtuarse por vía de tutela".

2. "(...) debe entender la Sala que la acción propuesta por el señor Alexander Tenorio tiene vocación de prosperar en virtud de encontramos frente a una circunstancia especialísima relacionada con la existencia de pronunciamiento judicial que ha reconocido el derecho al reintegro del trabajador en las 'mismas condiciones de empleo de que gozaba al momento de ser desvinculado por la Empresa Lloreda S.A.' según reza la sentencia del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali (...)".

Es evidente que los efectos jurídicos favorables al trabajador contenidos en el anterior pronunciamiento no han logrado que la empresa Lloreda Grasas S.A. acate y cumpla el mandato legal que la sentencia comprende y desde esa perspectiva cabe afirmar que en el evento de autos continúa vulnerándose el derecho del trabajador por cuanto la pretensión que aspira a cristalizar el tutelista se orienta a obtener de manera efectiva y real su reingreso a la actividad laboral que desempeñaba en la empresa demandada. Es que su alegación sustancial endereza a lograr mantener una actividad laboral permanente en orden al sustento de su familia y sus menores hijos, posibilidad que no se agota en modo alguno con el reconocimiento pecuniario finalmente dispuesto en la sentencia de segunda instancia al ordenar el pago de los salarios dejados de percibir, dejando al albur su estabilidad laboral legalmente reconocida en la sentencia inicialmente proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito y pertinazmente desconocida por la empresa demandada. El vacío de la ley laboral en este aspecto, según se desprende de las resultas de las litis laborales planteadas, no se colman en justicia con la aplicación analógica de la ley procesal civil cuyo perfil y connotación apunta a intereses de orden privado que difieren en grado sumo del derecho fundamental al trabajo (...)"

3. "Se trata en consecuencia de hacer efectivo el derecho fundamental realmente desconocido con la actitud remisa de la Empresa Lloreda Grasas S.A. en el acatamiento de una sentencia legalmente proferida que ordenaba el reintegro del trabajador Alexander Tenorio a la sede de su trabajo y del cual fue injustamente despedido, disponiéndose por medio de este fallo el cumplimiento de la sentencia 29 de 1993 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito (...)".

El anterior fallo fue impugnado por la accionada, por considerar que la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que tuteló los derechos del accionante contiene criterios equivocados de Derecho Público y de interpretación procesal que deberán ajustarse a derecho mediante la revocatoria total del proveído.

b. Segunda instancia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante sentencia fechada el 19 de octubre de 1994, resolvió revocar la providencia proferida

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Penal, y denegar al accionante el amparo de todos los derechos demandados, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- La improcedencia del amparo tutelar frente a particulares, como en el caso que ocupa la atención de la Sala, ha sido declarada reiteradamente por la Corte Constitucional al considerar que el reintegro, pago de salarios, indemnizaciones y demás prestaciones sociales que le puedan corresponder a un trabajador, solo pueden ser reclamados a través de acciones ordinarias ante Juez competente.

Con relación a la obligación de hacer -reintegro- la citada colegiatura en sentencia T-496 de fecha 29 de octubre de 1993, siendo Magistrado ponente el doctor Alejandro Martínez Caballero, puntualizó:

'Pero si el destinatario del cumplimiento de la obligación es un particular, el medio para hacer efectivo el derecho ya reconocido a través de un pronunciamiento judicial, es el proceso ejecutivo laboral consagrado en el artículo 100 del Código Procesal del Trabajo (...)'.

Cuando de fallos judiciales o laudos arbitrales se desprenden obligaciones distintas de las de entregar sumas de dinero, la parte interesada podrá pedir su cumplimiento por la vía ejecutiva de que trata este capítulo, ajustándose en lo posible a la forma prescrita en los artículos 987 y siguientes del código judicial según el caso".

"(...)".

"Por esta vía se arrima a la siguiente conclusión: ...Si se trata de un particular, por el contrario, no es procedente la tutela porque existe otro medio judicial de defensa tan efectivo como la acción de tutela, que permite incluso la práctica de medidas preventivas como el embargo y secuestro para garantizar el cumplimiento de la obligación (negrillas y subrayas de la Sala)".

(...)

"En el presente caso, Alexander Tenorio obtuvo de la Jurisdicción Laboral, fallo favorable a sus pretensiones, en el que se condenó a LLOREDA GRASAS S.A., al reintegro del demandante en las mismas condiciones de empleo de que gozaba al momento de ser desvinculado y al pago de los salarios dejados de percibir desde el 25 de abril de 1992 hasta que se efectuara el reintegro. Por otra parte se autorizó a la empresa demandada para descontar la suma pagada a Alexander Tenorio por concepto de cesantía e indemnización por despido...

La sentencia no fue recurrida por las partes, luego hizo tránsito a cosa juzgada, constituyendo a su vez título ejecutivo en favor del trabajador.

En cuanto a las providencias dictadas ya dentro del juicio ejecutivo y que en el fondo son las atacadas por el accionante, ninguna vía de hecho se ha presentado en ellas....

"(...)".

"Conclúyese de todo lo anterior, que si bien es cierto el reintegro de Alexander Tenorio a su empleo fue ordenado mediante sentencia judicial ejecutoriada, este optó por la vía del proceso ejecutivo y el hecho de que los juzgadores de instancia hayan decidido adversamente a la pretensión principal de reintegro, en ejercicio de su función juzgadora y en aplicación de las normas vigentes sobre la materia, no puede afirmarse que incurrieron en vía de hecho, única posibilidad que le permite al juez de tutela el amparo del derecho fundamental del debido proceso, sino que se observó plenamente el mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política, es decir, ejercitó su derecho de defensa y de recurrir las decisiones desfavorables".

"Finalmente, el accionante recurrió a la Fiscalía General de la Nación con el fin de reclamar sus derechos (perjuicios) ante la conducta asumida por el Gerente de Lloreda Grasas S.A., es decir, por un presunto fraude a resolución judicial, proceso en el que cuenta con todos los recursos para hacer valer su derecho de defensa, motivo adicional para declarar la improcedencia de esta acción de tutela, tal como lo preceptúa el numeral 1° del artículo 6° de Decreto 2591 de 1991".

C. Remisión del Expediente a la Corte Constitucional

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento de lo dispuesto por el inciso 2o. del artículo 31 del Decreto 2591 de 1.991, remitió el expediente a esta Corporación para efectos de su eventual revisión. Después de haber sido seleccionada, procede la Sala Sexta de Revisión, a la que correspondió en reparto a resolver el asunto de la referencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para proferir sentencia en relación con las providencia dictadas por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali y por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso tercero, y 241 numeral 9o. de la Constitución Nacional, y por los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El caso objeto de revisión

El accionante Alexander Tenorio presentó acción de tutela con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales al trabajo, al salario, a la estabilidad laboral y a la seguridad social, que considera vulnerados por parte de la demandada, consagrados en la Constitución Política respectivamente.

La presente acción de tutela tiene fundamento en el posible desconocimiento del fallo proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali de 29 de junio de 1993, que ordenó el reintegro del señor Alexander Tenorio al cargo que ocupaba en la Sociedad Lloreda Grasas S.A., y en las mismas condiciones que gozaba cuando fue desvinculado unilateralmente por la compañía empleadora, al pago de los salarios dejados de percibir desde el día 25 de abril de 1992, fecha de su desvinculación, hasta su reintegro efectivo, autorizando a la demandada a descontar la sumas pagadas por concepto de cesantías e indemnización por despido; además se condenó en costas a Lloreda Grasas S.A. El señor Alexander Tenorio solicitó el cumplimiento coercitivo del citado fallo mediante un proceso ejecutivo laboral, cuyas pretensiones fueron el acatamiento de la orden de reintegro (obligación de hacer), y el pago de los salarios dejados de percibir durante el tiempo de su desvinculación (obligación de dar).

El accionante considera que se vulneraron los derechos fundamentales anteriormente citados, cuando la Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali resolvió, con fundamento en el inciso 3o. del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, dar por terminado el proceso ejecutivo, cancelar su radicación y archivar el expediente, argumentando que "*la parte ejecutada no dio cumplimiento a la prestación inicial -reintegro del señor Alexander Tenorio- y la parte ejecutante se abstuvo de solicitar en su demanda ejecutiva y en la debida oportunidad el correspondiente resarcimiento en dinero.*" También considera que se desconocieron sus derechos cuando el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, revocó tal decisión parcialmente, y resolvió "*dar por terminado el proceso ejecutivo respecto de la obligación de hacer -orden de reintegro-, disponiéndose en su lugar el pago de los salarios dejados de percibir hasta la fecha de este proveído, más las costas del ordinario laboral que dió orígen (sic) al presente título ejecutivo*".

Para entrar a decidir, esta Sala de Revisión debe hacer unas consideraciones previas a los aspectos jurídicos objeto de acción de tutela:

A. Derecho al trabajo y acción de reintegro

La Carta Política de 1991 elevó a canon constitucional el derecho fundamental al trabajo, desde su Preámbulo, y particularmente en su artículo 25

expresa que: "*El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.*" Igualmente, el artículo 53 de la misma Carta ordena expedir el estatuto del trabajo, y señala los principios mínimos fundamentales que deben tenerse en cuenta para tal fin, entre los cuales se tienen los siguientes: remuneración mínima vital y móvil; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultad para transigir y conciliar sobre derechos ciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; supremacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; etc.

En la actualidad, las normas sustanciales que desarrollan estos principios constitucionales se ubican en el Código Sustantivo del Trabajo, entratándose de trabajadores particulares, y los procedimientos para resolver los conflictos laborales se encuentran en el Código de Procedimiento Laboral; y en lo no regulado por éste, en el Código de Procedimiento Civil, de manera que se deben aplicar a todos los casos siempre y cuando tales disposiciones sustanciales y procesales no estén en contradicción con los preceptos constitucionales consagrados en la Carta de 1991.

El Decreto No. 2351 de 1965 estableció, en su artículo 80. numeral 5o., en favor de los trabajadores la acción de reintegro, para el evento de que estos fueran despedidos sin justa causa cuando hubieren cumplido más de diez años de servicios continuos:

> "*Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el juez de trabajo podrá, mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir o la indemnización de dinero prevista en el numeral 4, literal d) de este artículo. Para decidir entre el reintegro o la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de esta apreciación resulta que el reintegro no fuere aconsejable en razón de las incompatibilidades creadas por el despido, podrá ordenar, en su lugar, el pago de la indemnización*"

El artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, subrogó el citado numeral 5o. del artículo 8o. del Decreto Ley 2351 de 1965, en los siguientes términos:

Artículo 6o., numeral 4, literal d). Terminación unilateral del contrato sin justa causa. "*Parágrafo transitorio. Los trabajadores que al momento de en-*

trar en vigencia la presente ley tuvieren diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, seguirán amparados por el ordinal 5o. del artículo 8o. del Decreto Ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen"

Desde el punto de vista procesal, la Ley 48 de 1968, en el numeral 7o. del artículo 3o. estableció la caducidad de la acción de reintegro así: "*La acción de reintegro que consagra el numeral 5o. del artículo 8o. del Decreto 2351 de 1965, prescribirá en el término de tres meses contados desde la fecha del despido.*" Por tanto, para solicitar el reintegro, el trabajador debe demandar dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su despido, o de lo contrario la acción caduca y por consiguiente no es procedente la pretensión mencionada en virtud de su extemporaneidad.

En el caso presente, el señor Alexander Tenorio, demandó a la sociedad Lloreda Grasas S.A. con el fin de obtener su reintegro al cargo de Operario Empacador. Según las consideraciones de la sentencia No. 94 del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali del 29 de junio de 1993 la acción se ejerció por este oportunamente.

La Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali en la citada sentencia expresó:

"Con los documentos visibles a folios 6-7 y la aceptación que hace la parte demandada al dar respuesta a la demanda y al emitir el escrito de folio 50, se establece que el señor Alexander Tenorio laboró al servicio de la empresa Lloreda Grasas S.A. desde el 5 de agosto de 1.981 hasta el 24 de abril de 1.992, fecha en que se le canceló el contrato de trabajo."(subrayado fuera del texto)

(...)

"Entonces, al encontrar reunidos en cabeza del actor los dos requisitos previstos por la norma antes citada (artículo 8o. numeral 5o. del Decreto 2351 de 1965), se hace procedente la acción de reintegro, máxime si esta se encuentra vigente dado que se instauró dentro del término legal, interrumpiéndose su prescripción con la presentación de la demanda.

"Además, en el evento de autos, la empresa Lloreda Grasas S.A. no alegó ni menos aún acreditó circunstancias anteriores con_comitantes (sic) o posteriores al despido que hicieran desaconsejable la reinstalación en el empleo del extrabajador demandante al cargo que desempeñaba el día del despido, por lo que el Despacho dispondrá el reintegro solicitado como consecuencia del despido injustificado y consecuencialmente al pago de los salarios dejados de percibir..."

De conformidad con los documentos que obran en el expediente, la sociedad Lloreda Grasas S.A. no recurrió el fallo citado, a pesar de ser contrario a sus intereses, razón por la cual quedó ejecutoriada legalmente la sentencia del Juzgado que ordenó el reintegro y el consiguiente pago de los salarios dejados de percibir.

B. El debido proceso, el acceso a la justicia y el cumplimiento coercitivo de fallos judiciales

La Constitución Política de 1991 en su artículo 29 consagra la garantía del debido proceso, aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas. A su turno, como principio orientador de la función judicial, el artículo 228 establece de manera expresa la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, con el fin de que los jueces adopten decisiones de fondo sobre los asuntos sometidos a su conocimiento.

Para que las decisiones judiciales sean cumplidas por las partes, el Código de Procedimiento Laboral establece que quien obtenga sentencia favorable con respecto a sus pretensiones puede exigir judicialmente el cumplimiento de toda obligación emanada de una providencia judicial (artículo 100 del Código de Procedimiento Laboral). Dicha disposición señala:

"Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme.

Cuando de fallos judiciales o laudos arbitrales se desprendan obligaciones distintas de las de entregar sumas de dinero, la parte interesada podrá pedir su cumplimiento por la vía ejecutiva de que trata este capítulo, ajustándose en lo posible a la forma prescrita en los artículos 987 y siguientes del Código Judicial según sea el caso" (Código de Procedimiento Civil, artículos 493 y siguientes) (se subraya)

A su vez, el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil señala lo siguiente:

"*Artículo 495. (Modificado D.E. No. 2282 de 1989, artículo 1o. numeral 257) 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.* (se subraya)

Cuando el demandante pretenda que la ejecución prosiga por perjuicios compensatorios en caso de que el deudor no cumpla la obligación en la for-

ma 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."

La jurisprudencia laboral ha entendido que, como consecuencia de la remisión al artículo 987 del extinguido Código Judicial que hace el artículo 100 del Código de Procedimiento Laboral, el cual corresponde a los artículos 493 y siguientes del Código de Procedimiento Civil actualmente vigente, en el caso de una obligación de hacer como lo es el reintegro de un trabajador ordenado por sentencia ejecutoriada, si el demandante en proceso ejecutivo no solicita la compensación en dinero, se debe declarar terminado el proceso.

En el asunto *sub-examine*, la apoderada del señor Alexander Tenorio no solicitó subsidiariamente los perjuicios compensatorios para el evento de que la empresa Lloreda Grasas S.A. no diera cumplimiento a la orden de reintegro contenida en la sentencia No. 94 de fecha 29 de junio de 1993, emanada del Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali, que como se ha expresado, quedó ejecutoriada.

Por esa razón, la misma Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali, mediante auto No. 393 del día 27 de abril de 1994, señaló que:

"*quedó establecido en audiencia de 18 de marzo de 1.994 que la empresa Lloreda Grasas S.A. no dio cumplimiento al correspondiente mandato judicial, alegando que "el señor Tenorio en el momento de su retiro no había cumplido los diez años de servicio, es decir que al 31 de diciembre de 1.990 no tenía más de 10 años de servicio, razón por la cual no tiene derecho a la acción de reintegro*".

"*Pero como en el evento de autos se tiene que la parte ejecutada no dió cumplimiento a la prestación inicial -reintegro del señor Alexander Tenorio- y la parte ejecutante se abstuvo de solicitar en su demanda ejecutiva y en la debida oportunidad el correspondiente resarcimiento en dinero, necesariamente el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, tal como lo dispone el inciso 3o., del Art. 495 del C.P.C., dá (sic) por terminado el presente proceso ejecutivo. En consecuencia cancélese su radicación y archivese (sic) el proceso.*"

Esta Corporación considera que en el caso concreto la no petición subsidiaria de la compensación en dinero por el demandante en el proceso ejecutivo laboral por obligación de hacer llevó al juzgado y al Tribunal a proceder con sujeción a lo dispuesto en el artículo 495 inciso 3o. del Código de Procedimiento Civil, según el cual "*deberá darse por terminado el proceso*" por la

circunstancia antes anotada, razón por la cual sobre este aspecto la Corte estima que dichas decisiones no son contrarias al debido proceso, y estuvieron fundadas en las disposiciones legales mencionadas.

Sin embargo, la circunstancia de que el proceso ejecutivo laboral no concluyó satisfactoriamente para las pretensiones del demandante, en lo que respecta a la obligación de hacer (reintegro del trabajador), en razón de la formulación equivocada de la demanda, ante la ausencia de petición subsidiaria (perjuicios compensatorios), no da lugar a dejar sin efecto ni extinguir definitivamente el cumplimiento de la sentencia de fecha 29 de junio de 1993, del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, por medio de la cual se condenó a la empresa Lloreda Grasas S.A. a reintegrar al accionante al cargo que tenía el 25 de abril de 1993, fecha en que injusta e ilegalmente fue despedido, por cuanto se trata de una providencia judicial debidamente ejecutoriada, que se encuentra vigente y hace tránsito por consiguiente a cosa juzgada, con la plenitud de sus efectos legales.

El artículo 229 de la Constitución Política garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. Esta Corporación en el pasado se ha pronunciado acerca de la procedencia de la acción de tutela con el fin de obtener el cumplimiento de un fallo judicial, y ha ordenado que efectivamente se acate la decisión del juez, por cuanto el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia, tiene su sustento en una norma de rango constitucional, de manera que su desconocimiento comporta la violación de la misma, en cuanto el incumplimiento de la providencia judicial que ordena el reintegro implica la violación del derecho al trabajo de una persona y el acceso a la administración de justicia en aquellos casos como el que se examina, el accionante se encuentra en estado de subordinación e indefensión frente a su empleador, de conformidad con los ordenamientos consagrados en el Decreto 2591 de 1991, razón por la cual la tutela de estos derechos es el mecanismo adecuado para su protección.

Cabe observar que el presente asunto no versa sobre reclamo de reintegro del trabajador que generalmente corresponde decidir a la justicia laboral, sino más bien de que a través del mecanismo de la acción de tutela se haga efectivo el cumplimiento de la providencia judicial emanada del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali a que se ha hecho referencia, que así lo ordenó y que hizo tránsito a cosa juzgada, dentro del proceso ordinario promovido por el actor contra la empresa Lloreda Grasas S.A., habiéndose declarado el derecho a dicho reintegro al trabajo, hecho que no se ha cumplido a cabalidad por la demandada, en perjuicio del trabajador, como se deduce de las probanzas que obran en el expediente.

La Constitución Política de 1991 establece que la "*administración de justicia*" es función pública, sus decisiones son independientes y en sus actua-

ciones prevalecerá el derecho sustancial. Además, como se ha expuesto, el Estado está en la obligación de garantizar el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, a fin de dar cumplimiento a sus fines esenciales, entre los cuales se encuentra el de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución. (artículo 2o. C.P.)

No puede olvidarse que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y "*demás derechos*", y uno de esos derechos es precisamente el que emana de la providencias judiciales debidamente ejecutoriadas, a través de las cuales se ordena el reintegro al trabajo como derecho fundamental (artículo 25 C.P.) como una obligación que debe gozar en todas sus modalidades de la especial protección del Estado.

Siendo ello así, de acuerdo con la potestad que le corresponde a la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y de ser el máximo organismo protector de los derechos fundamentales, cuando estos han sido conculcados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en aquellos casos en que la persona se halle en estado de subordinación e indefensión, como en el caso presente, lo cual constituye causal de procedencia de la acción de tutela, (Decreto 2591 de 1991 artículo 42 numeral 9o.), esta Corporación revocará parcialmente la sentencia materia de revisión y en su lugar tutelará el derecho al trabajo y al acceso a la administración de justicia para los fines del cumplimiento estricto de la sentencia del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali que se encuentra ejecutoriada, a fin de que se produzca el efectivo reintegro del accionante Alexander Tenorio dentro del término de 48 horas contados a partir de la notificación de la presente sentencia, siempre y cuando que dicho reintegro no se haya producido con anterioridad.

Ahora bien, en lo que hace referencia a las peticiones formuladas en la demanda de tutela, relacionadas con la suspensión de los autos de 27 de abril de 1994 y 28 de junio del mismo año emanados del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali y de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, así como la solicitud de que se ordene a este último cumplir con el debido proceso y tramitar el proceso ejecutivo por obligación de hacer, dichas peticiones resultan abiertamente improcedentes, por cuanto por un lado, se trata de providencias judiciales contra las cuales no resulta viable la acción de tutela y por cuanto además, como ya se ha expuesto, el proceso ejecutivo mencionado se tramitó, se observó y se definió con sujeción a las normas consagradas tanto en el Código Procesal del Trabajo como en el Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el análisis realizado en este proveído sin que existiera ninguna violación al debido proceso.

Así mismo, tampoco es de recibo ordenar el pago de los salarios, incrementos legales, afiliación al I.S.S. y prestaciones dejadas de percibir, solicitados por el accionante ya que de dichos conceptos, es improcedente la acción de tutela, toda vez que con relación a los mismos, existen otros medios de defensa judicial para dirimir y decidir dicha controversia, con fundamento en las pruebas relativas al monto de los salarios, base de liquidación y a los derechos que surjan de la seguridad social del trabajador, sin que haya lugar a decretarlos a través de este medio judicial ni a la condena en costas solicitado en la demanda de tutela.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Revocar parcialmente el fallo proferido por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, el día 19 de octubre de 1994 en cuanto negó al accionante Alexander Tenorio para efectos de su reintegro, el amparo de los derechos demandados, y en su lugar se dispone lo siguiente:

Primero: Tutelar los derechos fundamentales al trabajo y al acceso a la administración de justicia, a fin de que se de cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali de fecha 29 de junio de 1993, en el sentido de reintegrar al señor Alexander Tenorio al cargo de operario de empaquetadora o a otro de igual o superior categoría y remuneración, siempre y cuando que a la fecha de la notificación de esta sentencia no se haya efectuado dicho reintegro.

A la anterior providencia se le deberá dar cumplimiento por parte de la demandada, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación a la misma.

Segundo. No acceder a las demás pretensiones formuladas por el peticionario de conformidad en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Comunicar esta decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Penal, para que se notifique esta providencia y se proceda de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, con las prevenciones legales correspondientes, de que trata el artículo 52 del mismo decreto.

Notifíquese, cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-068
22 de febrero de 1995

SENTENCIA DE TUTELA - Cumplimiento inmediato / **SENTENCIA DE TUTELA** - Apelación en el efecto devolutivo

La apelación de sentencias de tutela se debe conceder en el efecto DEVOLUTIVO, por cuanto no está permitido al a-quo suspender los efectos del fallo hasta que se resuelva el asunto en segunda instancia. Si bien un fallo de tutela en primera instancia puede ser recurrido por cualquiera de las partes dentro de los términos establecidos por la ley, su cumplimiento por éstas es obligatorio mientras se surte la segunda instancia, la cual, de confirmarlo, dejará en firme la actuación del a-quo, pero en caso de revocarlo, dejará sin efectos totales o parciales el fallo objeto de apelación, y producirá otros, los cuales las partes deberán acatar.

SENTENCIA DE TUTELA - Revisión en el efecto devolutivo

Todo fallo de tutela que sea remitido para eventual revisión por la Corte Constitucional, tiene plenos efectos, aún durante el trámite de la revisión, por cuanto según lo prescrito en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991 con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Nacional, la revisión se concede en el efecto devolutivo, esto es, sin que se suspendan las decisiones adoptadas en el fallo correspondiente. Lo anterior ocurre sin perjuicio de que la Corporación, cuando lo estime conveniente, adopte las medidas provisionales que considere necesarias para proteger un derecho fundamental, según lo prescrito en el artículo 7o. del mismo Decreto.

Ref: expediente T- 54181

Peticionario: Jesús Alfredo Casas Bultrago contra el ex-Inspector de Policía Municipal de Ráquira, Juan Carlos Rodríguez Sanabria.

Tema: Debido Proceso. Efecto devolutivo de la apelación de sentencias de tutela.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santafé de Bogotá, febrero veintidos (22) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Hemando Herrera Vergara, procede a revisar la sentencia de primera instancia emanada del Juzgado Promiscuo de Ráquira (Boyacá) el 25 de agosto de 1994, y el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá el 31 de octubre de 1994 en el proceso de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor Jesús Alfredo Casas Buitrago ha acudido al mecanismo de la tutela para la protección de derechos fundamentales supuestamente violados como consecuencia de la decisión tomada por el Ex-Inspector Municipal de Policía de Ráquira Juan Carlos Rodríguez Sanabria, en el proceso adelantado por María del Carmen Castillo Forero contra Guzmán Bautista Castillo por posible daño en bien ajeno, por cuanto en su condición de Inspector Municipal profirió una decisión de contenido inhibitorio, y según el accionante, se omitieron una serie de pruebas solicitadas en la querella, apoyándose para adoptar su decisión, del concurso de peritos no aptos para rendir dictamen.

HECHOS

1. La señora María del Carmen Castillo Forero, es propietaria del lote de terreno denominado "El Muelle", ubicado en la vereda La Candelaria Oriente de la jurisdicción de Ráquira (Boyacá).

2. La señora Castillo Forero formuló denuncio penal por el supuesto daño en bien ajeno en contra del señor Guzmán Bautista Castillo, por considerar que se había puesto en peligro la medianería de la misma; que se configuraron además ligerezas y omisiones por parte del funcionario en su actuación al omitir el contrato de participación de medianería , además del incumplimiento del contrato celebrado entre aquella y los antiguos dueños del predio, sobre el cual existe caución para asegurar el cumplimiento del contrato, impuesta por la Inspección Departamental de La Candelaria.

3. La señora Castillo Forero presentó un escrito dirigido al Inspector de la Candelaria, en el que manifestó que el señor Guzmán Bautista Castillo cercó parte del predio, pero que construyó un lavadero próximo a su medianería con el cual se le puede causar daño. Dentro del proceso el Inspector efectuó

una diligencia con el fin de que las partes conciliaran en la Inspección de Ráquira pero con resultados negativos.

4. El Inspector de Policía Municipal de Ráquira, continuando con el proceso, procedió a realizar una diligencia de Inspección sobre los predios materia de la litis con la intervención de peritos, y al comprobar que no existían los daños denunciados, resolvió darlo por terminado, inhibiéndose de continuarlo por no tipificarse los elementos del delito denunciado, ordenando a su vez el archivo del mismo.

5. El accionante manifiesta que dentro del respectivo proceso se cometieron irregularidades con violación del derecho defensa, propiedad y debido proceso.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos expuestos y en el Decreto 2591 de 1991, el peticionario Jesús Alfredo Casas Buitrago, actuando en representación de María del Carmen Castillo Forero, solicita que "*se cancele la resolución dictada en el proceso el día dos (2) de junio de 1994 . Se reponga la diligencia a costa del responsable, ya que se sigue creyendo o dando crédito a un proceso en "daño en bien ajeno"*.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Decisión de Primera Instancia

El Juez Promiscuo Municipal de Ráquira, mediante auto, resolvió inadmitir la acción de tutela por cuanto la demanda no reunía las exigencias de los artículos 10 y 14 del Decreto 2591 de 1991, y requirió al accionante para que dentro de los tres días siguientes la corrijiera y la ampliara. Una vez cumplido lo anterior por parte del señor Jesús Alfredo Casas Buitrago, el a-quo solicitó al Inspector de Policía Municipal de Ráquira (Boyacá) poner a su disposición el proceso penal en mención a fin de llevar a cabo una diligencia de Inspección Judicial. Así mismo ordenó recibir los testimonios de los peritos que asistieron a la diligencia, todo con el fin de verificar la posible vulneración del debido proceso por parte del Inspector de ese entonces Juan Carlos Rodríguez Sanabria.

Las pruebas recaudadas demostraron que efectivamente el Inspector de Policía Municipal de Ráquira adelantó el proceso iniciado por la denuncia formulada por la señora María del Carmen Castillo Forero contra el señor Guzmán Bautista Castillo, y comprobó que aparecen en el expediente que reposa en la Inspección de Policía de Ráquira los siguientes documentos:

denuncia de María del Carmen Castillo Forero en contra de Guzman Bautista Castillo; documentos enunciados como pruebas aportadas con la querella (copias del proceso policivo en el cual Bautista Castillo se comprometió a cumplir con el contrato de medianería, y que cercaría lo que le correspondería); documento en el que María del Carmen Castillo se quejó del señor Bautista Castillo por cercar una parte del predio con la construcción de un lavadero muy próximo a su medianería; auto que ordenó la celebración de la audiencia de conciliación, y el acta en la que consta que no se llegó a ningún acuerdo; auto de apertura de investigación por daño en bien ajeno, en el que se ordenó recibir en indagatoria la declaración de Bautista Castillo, y se dispuso la práctica de otras diligencias; comunicación dirigida al Personero informando la iniciación del proceso; indagatoria del sindicado, y dentro de la misma diligencia, auto que ordenó la inspección judicial sobre los predios, con designación de peritos; diligencia de compromiso del sindicado para comparecer a la Inspección cuando fuera solicitado; citación a los peritos; oficio para la Policía mediante el cual solicita su colaboración en la diligencia; acta de inspección ocular, dentro de la cual el Inspector accionado resolvió inhibirse de continuar el proceso y ordenó el archivo de las diligencias por comprobar que no se presentaron los daños denunciados; petición de expedición de copias de Jesús Alfredo Casas Buitrago; y constancia secretarial de archivo.

Las declaraciones juramentadas de los peritos Héctor Misael Vargas Murcia y Carlos Julio Suárez León, practicadas por el a-quo, ratifican el dictamen que rindieron en el curso del proceso penal contra Guzmán Bautista Castillo, a través del cual afirmaron que no existió daño alguno, y de haberlo, fue causado por la señora María del Carmen Castillo Forero.

Con fundamento en las anteriores pruebas, el Juzgado Promiscuo Municipal de Ráquira, dictó sentencia el veinticinco (25) de agosto de 1994, y resolvió "*negar la acción de tutela instaurado por la señora María del Carmen Castillo Forero por intermedio del señor Jesús Alfredo Casas Buitrago, por la supuesta violación al derecho constitucional fundamental del debido proceso*".

El Juzgado resolvió negar la acción de tutela con base en los siguientes argumentos:

"Las omisiones a que se refiere el solicitante y en las cuales dice que incurrió el señor Ex-inspector Municipal de Policía de Ráquira se relacionan con algunas pruebas, en parte, de las aportadas por la querellante cuando denunció penalmente a Guzmán Bautista por daño en bien ajeno entre otras especialmente el contrato de participación de medianería, una diligencia de caución suscrita en la Inspección Departamental de Policía de La Candelaria y la confesión de Guzmán aceptando que no había dado

cumplimiento al mencionado contrato, son evidencias que no era necesario considerarlas o tomarlas en cuenta dentro de la inspección que realizó el Inspector de Policía a los predios sobre los cuales se dijo que se presentaron daños causados por el denunciado Guzmán, pues allí precisamente lo que se fue a establecer o constatar no era otra cosa que los daños denunciados, luego la autoridad policiva contra la cual se instauró ésta tutela, con su actuación no violó ningún derecho fundamental a la señora Castillo Forero.

De otro lado, se desprende de la prueba allegada en éste asunto o a éste procedimiento, que el señor Inspector Municipal de Policía adelantó en debida forma el proceso que inició por daño en bien ajeno siendo denunciante la señora Castillo Forero y denunciado Guzmán Bautista y la decisión que tomara dentro de la correspondiente inspección inhibiéndose de seguir conociendo del proceso fue ajustada a la ley, debido a que constató la no existencia de daños en el predio del cual se habló en la denuncia y más bien lo que observó fue negligencia de ambas partes en el mantenimiento de la medianería a que se refieren, lo cual constituye verdaderamente es un incumplimiento de contrato no investigable penalmente, por lo que allí las partes acordaron en lo sucesivo hacer el debido mantenimiento.

La prueba practicada por éste juzgado para la resolución de ésta acción de tutela, esto es, la diligencia de inspección judicial al proceso por daño en bien ajeno que adelantó la Inspección Municipal de Policía de Ráquira y además los testimonios de los peritos, son una muestra clara y fehaciente de que en realidad no se presentó daño en bien ajeno, siendo por tanto atípica la serie de hechos denunciados por la señora Castillo Forero para el proseguimiento de un proceso de tipo penal y en el sentir de éste juzgado, aquellos hechos se podrían tomar como base para la prosecución de una acción civil.

Ahora, si la denunciante Castillo Forero y su esposo Jesús Alfredo Casas Buitrago, eran del parecer de que efectivamente existió daño en bien ajeno, la señora Castillo tuvo la oportunidad de apelar en forma verbal dentro de la diligencia de Inspección donde el señor Inspector Municipal falló el proceso penal y no lo hizo como en varias oportunidades lo refirió el señor Casas en su escrito de tutela y dejó pasar ese medio de defensa que le asistía en esa oportunidad, medio que no le implicaba ningún gasto, si como se dice, carece de medios económicos suficientes, situación ésta además que dicho sea de paso no es cierta porque así se estableció en éste asunto."

Una vez notificado el fallo al peticionario, éste interpuso recurso de apelación, y el Juez de Primera Instancia expidió el siguiente auto fechado el treinta y uno (31) de agosto de 1994 :

"En vista de que se tiene facultad legal para recurrir, que el fallo reclamado en apelación es susceptible de ese recurso y que este se interpuso en tiempo, se concede en el ***EFECTO SUSPENSIVO,*** *y para ante el señor juez Penal del Circuito reparto de Chiquinquirá (Boyacá), el Recurso de Apelacion interpuesto por el señor Jesús Alfredo Casas Buitrago contra el auto de fecha veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, dictado en esta Acción de Tutela."(subrayado fuera del texto)*

2. Decisión de segunda instancia

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá dictó sentencia el treinta y uno (31) de octubre de 1994, y resolvió confirmar la sentencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

"(...) el derecho tutelado invocado en la presente acción de tutela no se especifica claramente, pero deducimos que con la actuación del Inspector de Policía, se ha violado el debido proceso y consecuentemente se ha violado el derecho de propiedad (...)

(...) Conclúyase de lo anterior que ninguna violación al debido proceso ha ocurrido en este caso que aténte (sic) contra los derechos fundamentales del actor, siendo igualmente improcedente la tutela, de conformidad con lo prescrito en el numeral 1 del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, pues las partes disponen de otros medios para hacer valer su derecho de propiedad.

De otra parte la acción de tutela no está consagrada para controvertir las pruebas de un proceso judicial o administrativo, así como tampoco la errónea interpretación de las normas aplicables en que incurra el funcionario. Una y otra vez deben ser objeto de controversia dentro de la respectiva actuación y no fuera de ella."

C. REMISION DEL EXPEDIENTE A LA CORTE CONSTITUCIONAL

Una vez resuelta la impugnación presentada por el peticionario, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, dando cumplimiento a lo dispuesto por el inciso 2o. del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, remitió el expediente a esta Corporación para efectos de su eventual revisión. Después de haber sido seleccionada y repartida, entra a la Sala Sexta de Revisión a quien correspondió, a estudiar y fallar el asunto de la referencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera . Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para proferir sentencia en relación con los fallos dictados por el Juzgado

Promiscuo de Ráquira y por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241 numeral 9o. de la Constitución Nacional.

Segunda. El caso objeto de estudio

Para entrar a resolver, esta Sala de Revisión considera de gran importancia hacer algunas precisiones:

1. Legimitidad en la causa

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que:

"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."

En el caso presente, el señor Jesús Alfredo Casas Buitrago instauró acción de tutela contra el Ex-Inspector de Policía de Ráquira Juan Carlos Rodríguez Sanabria por considerar que la actuación de éste último dentro de la querella por presunto daño en cosa ajena, vulneró derechos fundamentales de María del Carmen Castillo Forero, quien afirma es su esposa. En su corrección de la demanda advirtió que obraba a nombre propio:

"Aclaro que nó (sic) estoy representado a la demandante, pues en el proceso se me señala por el demandado, pero no se me ha conferido ninguna autorización, la demandante firmó la diligencia en estado de inferioridad por la imponencia (sic) de peritos y funcionario y si nó (sic) lo hubiera hecho, hubiese firmado un testigo, tampoco apeló por las circunstancias económicas que atravieza (sic), porque para ella lo prudente hubiese sido una queja a la procuraduría (sic)".

"(...) En razón de que los bienes que se adquieren en unión marital, pertenecen a ambos, no importa los titulos (sic), y la Ley 54 de 1990 sustenta ese derecho al cual me acojo."

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.

Afirmó el actor en la corrección de la demanda de tutela que: "*En razón de que los bienes que se adquieren en unión marital, pertenecen a ambos, no importa los titulos (sic), y la Ley 54 de 1990 sustenta ése derecho al cual me acojo*". La titularidad sobre el bien objeto de la querella por parte del señor Casas Buitrago le da legitimidad para ejercer la acción de tutela, pues una posible vulneración de los derechos también lo afectaría.

Sobre la legitimación en la causa para ejercer una acción de tutela, ha expresado la Corte Constitucional:

"En primer término debe destacarse el carácter informal que preside la concepción y el diseño del instrumento tutelar puesto en manos de "toda persona", con abstracción de específicas consideraciones, como corresponde a la prevalente finalidad de protección de los derechos constitucionales fundamentales. Ese carácter informal resulta igualmente predicable cuando se actúa por otro" bien en ejercicio de representación judicial o en desarrollo de la agencia oficiosa, eventos en los cuales, quien la ejerza no requiere acreditar calidades especiales ni demostrar su condición de abogado titulado.(...)

Ahora bien, la presentación de una acción de tutela supone la ocurrencia de una situación específica y concreta de violación o amenaza de derechos constitucionales fundamentales de los que es titular una determinada persona que los ve menoscabados por el actuar de una autoridad pública o de un particular en los casos y en las condiciones que la ley prevé, de modo que, en principio, la acción de tutela no es mecanismo de protección de intereses genéricos o abstractos radicados en cabeza de un conjunto de individuos indeterminados, sin identificación de ninguna especie, con prescindencia absoluta de la específica situación en que se encuentran y de la singular valoración que cada uno de ellos tenga acerca de la eventual amenaza de sus derechos."[1]

Igualmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la presunción de buena fe en las actuaciones de los particulares ante las autoridades, razón por la cual la manifestación expresa de titularidad sobre el derecho de propiedad es mérito suficiente para darle legitimidad a su actuación. Sobre este aspecto la Corporación ha expresado:

"La Constitución presume expresamente la buena fe en las actuaciones de los particulares ante las autoridades. Dice la norma:

"Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

---

1. Sentencia No. T- 066 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara

Y el Decreto 2591 de 1991 señala, en materia de legitimación, lo siguiente:

"Artículo 10. Legitimidad e interés. ***La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o través de representante.*** *Los poderes se presumirán auténticos.*

"También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

"También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales." (se subraya)

Es decir, el Juez debió pronunciarse sobre lo solicitado por el actor, pues el señor Briceño, en su escrito, en forma expresa, manifestó que actuaba como Presidente de la Junta de Acción Comunal y en su propio nombre.

En concepto de la Sala, en principio, el actor sí tenía legitimación e interés para presentar esta acción de tutela, y el Juez debió dictar sentencia de fondo con base en este hecho, y no simplemente declarar su improcedencia".[2]

2. La acción de tutela como mecanismo de protección del debido proceso.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones tutelando los derechos de los accionantes correspondientes, con el fin de proteger el derecho al debido proceso administrativo o judicial cuando, como consecuencia de la conducta de las autoridades, se desconoce aquella garantía poniendo en peligro o vulnerando derechos fundamentales de las personas. Pero también ha sido enfática en no tutelar el debido proceso cuando se pretenden revivir etapas procesales ya concluídas, como ocurre en el caso en estudio, en el que se solicita que se "cancele" una decisión judicial, cuando no se interpuso contra ella el recurso correspondiente de manera oportuna.

En el caso presente, de acuerdo con las pruebas practicadas por el Juzgado Promiscuo de Ráquira, el Inspector de Policía de entonces Juan Carlos Rodríguez Sanabria observó todas las reglas propias del debido proceso: acogió la denuncia, citó para indagatoria al señor Guzman Bautista Castillo y recibió su declaración; le conminó a suscribir una diligencia de compromiso

2. Sentencia No. T- 082 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

para que compareciera al Despacho periódicamente; buscó lograr un acuerdo conciliatorio para el respeto de las condiciones de la medianería; practicó pruebas (inspección ocular con intervención de peritos); y al llegar al convencimiento pleno de que los hechos sobre los cuales la señora María del Carmen Castillo Forero no fueron probados, y quedando establecido que no hubo ninguna conducta antijurídica imputable al denunciado, decretó auto inhibitorio en la misma diligencia de inspección ocular, y ordenó archivar las diligencias respectivas, sin que impidiera a las partes interponer los recursos legales correspondientes.

Los argumentos que expresó el señor Jesús Alfredo Casas Buitrago sobre la situación económica de María del Carmen Castillo Forero y su posible estado de inferioridad por la presencia de los peritos en la diligencia de inspección, como cualquier cuestionamiento sobre las calidades personales o el comportamiento de los peritos, no fueron probados en desarrollo del presente proceso de tutela. Por lo tanto, no existió vulneración alguna del debido proceso de la señora María del Carmen Castillo Forero, ni de algún otro derecho del señor Jesús Alfredo Casas Buitrago, razón por la cual se confirmarán el fallo de primera instancia, en cuanto negó la tutela de los derechos de las citadas personas, y la providencia de segunda instancia, en cuanto ratificó la decisión del a-quo.

3. Efectos de la apelación de un fallo de tutela

El señor Jesús Alfredo Casas Buitrago se notificó del fallo fechado el 25 de agosto de 1994 del Juzgado Promiscuo Municipal de Ráquira oportunamente, e interpuso recurso de apelación contra el mismo.

El citado Juzgado, mediante auto del 31 de agosto de 1994 concedió el recurso de apelación "*en el efecto SUSPENSIVO*". Sobre la decisión adoptada en esta providencia, la Corte Constitucional debe precisar que la apelación de sentencias de tutela se debe conceder en el efecto DEVOLUTIVO, por cuanto no está permitido al a-quo suspender los efectos del fallo hasta que se resuelva el asunto en segunda instancia, según lo señala el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuyo inciso segundo establece que "*El fallo, **que será de inmediato cumplimiento**, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión*". (Subrayado fuera del texto). La norma constitucional citada es desarrollada por el inciso primero del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991:

"*Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, **sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.***" (subrayado fuera del texto).

De lo anterior se concluye que, si bien un fallo de tutela en primera instancia puede ser recurrido por cualquiera de las partes dentro de los términos establecidos por la ley, su cumplimiento por éstas es obligatorio mientras se surte la segunda instancia, la cual, de confirmarlo, dejará en firme la actuación del a-quo, pero en caso de revocarlo, dejará sin efectos totales o parciales el fallo objeto de apelación, y producirá otros, los cuales las partes deberán acatar. Si bien esta circunstancia no modifica para nada las decisiones de tutela objeto de revisión en el presente caso, se debe prevenir al Juez de primera instancia para que en el futuro decida con base en lo preceptuado por la citada disposición.

Debe destacarse también que todo fallo de tutela que sea remitido para eventual revisión por la Corte Constitucional, tiene plenos efectos, aún durante el trámite de la revisión, por cuanto según lo prescrito en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991 con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Nacional, la revisión se concede en el efecto devolutivo, esto es, sin que se suspendan las decisiones adoptadas en el fallo correspondiente. Lo anterior ocurre sin perjuicio de que la Corporación, cuando lo estime conveniente, adopte las medidas provisionales que considere necesarias para proteger un derecho fundamental, según lo prescrito en el artículo 7o. del mismo Decreto.

Por todo lo anterior, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional procederá a confirmar los fallos proferidos en primera y segunda instancia, a través de los cuales se dispuso negar la tutela propuesta por Jesús Alfredo Casas Buitrago, aclarando que los efectos de los fallos de tutela objeto de apelación no pueden suspenderse, dado el efecto inmediato de los mismos, de manera que la impugnación respectiva se concede en el efecto devolutivo y no en el suspensivo.

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

RESUELVE

Primero. Confirmar el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá el día 31 de octubre de 1994, que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Promiscuo de Ráquira (Boyacá) del 25 de agosto de 1994, por medio de la cual se negó la tutela propuesta por Jesús Alfredo Casas Buitrago.

Segundo. Háganse las advertencias de que trata la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-074
de febrero 23 de 1995

TUTELA CONTRA MEDIOS DE COMUNICACION

La acción de tutela procede contra los medios de comunicación, tanto si están a cargo de una entidad pública como si pertenecen a una persona natural o jurídica privada. La legislación da lugar a la tutela como mecanismo de defensa específico para el derecho que, según el artículo 20 de la Constitución, tiene toda persona frente a los medios de comunicación para que éstos rectifiquen, en condiciones de equidad, las informaciones falsas, erróneas, inexactas o incompletas que respecto de ellas hayan difundido. Tan sólo se puede acudir a la vía judicial cuando se haya agotado, sin obtener éxito, la solicitud de rectificación ante el mismo medio.

SECRETO PROFESIONAL

El secreto profesional, si bien resulta aplicable a diferentes actividades según su naturaleza, tiene particular relevancia en el campo periodístico, ya que implica la reserva de las fuentes informativas, garantía ésta que, sobre la base de la responsabilidad de los comunicadores, les permite adelantar con mayor eficacia y sin prevención las indagaciones propias de su oficio. Esto repercute en las mayores posibilidades de cubrimiento y profundización de los acontecimientos informados y, por tanto, en la medida de su objetivo y ponderado uso, beneficia a la comunidad, en cuanto le brinda conocimiento más amplio de aquéllos.

DERECHO A LA INFORMACION

El derecho a la información, es de doble vía, con lo cual se quiere significar que puede ser reclamado tanto por el sujeto activo como por los sujetos pasivos de la relación informativa, es decir, por quien emite las informaciones y por quien las recibe. Este último puede exigir que le sean suministradas con veracidad e imparcialidad y aquél, por la misma razón, tiene a su cargo los

deberes correlativos. Si quien informa responde por las informaciones que entrega, su actividad puede dar lugar a que los afectados inicien contra él las pertinentes acciones civiles y penales en relación con los daños de una u otra naturaleza, causados por la difusión de aquéllas.

RECTIFICACION DE INFORMACION - Naturaleza / **DERECHO A LA RECTIFICACION**

El afectado por informaciones falsas, erróneas, inexactas o incompletas, que lesionen su honra o su buen nombre, tiene un derecho, que hoy es de rango constitucional, a obtener del medio que las haya difundido la correspondiente rectificación en condiciones de equidad. El de rectificación es un derecho de la misma naturaleza fundamental del que tiene el sujeto activo a informar y de los derechos a la honra y al buen nombre, que por su conducto se protegen. Por eso, el medio que se niega a rectificar, debiendo hacerlo, puede ser forzado a cumplir la obligación correlativa que le es exigible mediante el ejercicio de la acción de tutela.

RECTIFICACION DE INFORMACION FALSA / REVISTA SEMANA

La rectificación parte del supuesto de una información falsa, errónea o desfigurada, por lo cual, establecido el agravio, únicamente se entiende que el medio ha rectificado cuando, con igual despliegue e importancia y por el mismo conducto utilizado inicialmente, el informador reconoce haberse equivocado, no en otras materias -aunque se refieran a la misma persona-, sino precisamente en el asunto objeto del error o equívoco. En el caso sometido a examen, la revista "Semana" divulgó una información según la cual el accionante había sido solicitado en extradición por el delito de narcotráfico por las autoridades peruanas. Esta noticia no fue confirmada por el medio.

MEDIOS DE COMUNICACION - Responsabilidad por informaciones sin autor conocido

Al no estar suscrita la información por persona alguna podría pensarse que no hay directo responsable. La Corte considera, sin embargo, que semejante conclusión sería no solamente injusta sino que generaría la impunidad por la violación de los derechos fundamentales y, contra el mandato constitucional, haría al medio de comunicación irresponsable. En efecto, cuando se presenta tal circunstancia no sólo se involucra el medio sino quien lo dirige, en cuanto ha asumido su representación desde el punto de vista informativo y tiene a su cargo las responsabilidades inherentes a la difusión de informaciones. Dada su función, se supone que el Director conoce la información que habrá de propagar a través del medio que orienta, de lo cual se deriva su propia obligación de verificar que ella se ajuste a la realidad y tenga el respaldo probatorio suficiente como para hacerla pública.

RECTIFICACION DE INFORMACION - Oportunidad /
ANTECEDENTES PENALES - Improcedencia de su publicación

Dado que la rectificación no se produjo oportunamente y puesto que, varias semanas después, cuando se publicó la carta del solicitante, el semanario agregó nuevos datos, carentes de todo respaldo, resulta indudable que fueron lesionados los derechos a su honra y a su buen nombre y que, por otra parte, se desconoció la presunción de inocencia que lo favorecía, según el artículo 29 de la Carta, mientras no fuera desvirtuada -previo un debido proceso- por decisión judicial en firme. A juicio de la Corte, si de antecedentes penales se trataba, la revista "Semana" ha debido aplicar lo previsto en el artículo 248 de la Constitución Política: "Unicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales".

-Sala Quinta de Revisión-

Ref.: Expediente T-49554

Acción de tutela instaurada por Jose Manuel Cruz Aguirre contra la Revista "semana" y su Director, Mauricio Vargas Linares.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta del veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Se revisa el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

I. INFORMACION PRELIMINAR

En su edición número 636 (julio 12-19 de 1994), la Revista "Semana", que se publica en Santa Fe de Bogotá, incluyó una crónica titulada "Pelota Caliente" en la que, al desarrollar el tema de la influencia del narcotráfico en el fútbol profesional colombiano, se hizo la siguiente afirmación respecto del demandante:

"Mientras tanto, al Deportes Tolima llegaba José Manuel Cruz Aguirre, solicitado en extradición por narcotráfico por las autoridades peruanas."

El 11 de agosto de 1994, el aludido se dirigió por escrito al Director del medio, Mauricio Vargas Linares, solicitándole que, en las mismas condiciones publicitarias, rectificara lo informado, por considerar que con la publicación en referencia, que tildó de falaz, se enlodaba su nombre y se empañaba su imagen de hombre de negocios y de empresa.

En la edición número 647 (septiembre 27 a 4 de octubre de 1994), ya después de instaurada la acción de tutela, bajo el título "La Pelota Caliente", la Revista publicó el texto de la carta remitida por el afectado, pero, inmediatamente después, agregó:

"N. de la R.: El señor José Manuel Cruz Aguirre se encuentra reseñado en la Dijin por violación al Estatuto Antiterrorista según fuentes de esa entidad. Según el diario "El Tiempo" del 31 de diciembre de 1989, página 7-A, fue detenido por posesión de marihuana. Además su nombre aparece mencionado en los libros "Los jinetes de la coca" y "Los amos del juego", en donde se afirma que fue solicitado en extradición por las autoridades peruanas y que tiene pendiente un proceso en Estados Unidos por tráfico de cocaína".

Al elevar Cruz Aguirre la acción de tutela pretendió que se rectificara la información publicada en las mencionadas ediciones 636 y 647.

II. DECISION JUDICIAL REVISADA

Después de ordenar y practicar algunas pruebas, que esta Corte juzga pertinentes y conducentes para resolver sobre la acción instaurada, el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de Santafé de Bogotá profirió la Sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de 1994, mediante la cual se concedió la tutela, ordenando a la Dirección de la Revista "Semana" que, en cualquiera de las siguientes tres ediciones de su tiraje normal, procediera a publicar con el mismo despliegue el texto completo de la nota remitida por el accionante, al igual que la carencia de antecedentes que por narcotráfico y enriquecimiento ilícito se le endilgaban.

Consideró la Juez que la acción de tutela era procedente a la luz de los artículos 86 de la Constitución y 42 del Decreto 2591 de 1991.

Tuvo en cuenta el Juzgado que, en respuesta a un oficio suyo, la Subdirección de la Policía Judicial e Investigación, Unidad Central de Criminalística y la Sección contra delitos de narcotráfico aseveraron que José Manuel Cruz Aguirre no registraba antecedentes penales y, específicamente, no los presentaba por delitos relacionados con narcotráfico y conexos.

"Quiere decir lo anterior -dijo el fallo- que la información suministrada al Juzgado por la Revista Semana, ante los requerimientos del Juzgado, carece de veracidad y, si esto es así, es obvio que el artículo que dió origen a la presente acción de tutela ha atentado contra la honra, buen nombre y derecho a información veraz e imparcial del aquí accionante, situación que obviamente conlleva a resolver favorablemente su petición".

Para la Juez, la publicación quiso o creyó haber satisfecho el requerimiento que se le hizo de publicar la rectificación del quejoso vertiendo en la publicación el texto casi completo de ella. La transcripción de dicha comunicación -según la providencia- no fue suficiente, menos aun cuando a renglón seguido se insistió en los calificativos atentatorios del buen nombre del querellante, especificando que esa información había sido tomada de ediciones del diario "El Tiempo" de hace varios años.

III CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Esta Corte es competente para revisar la sentencia mencionada, pues así lo disponen los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991.

Acción de tutela contra medios de comunicación

La acción de tutela procede contra los medios de comunicación, tanto si están a cargo de una entidad pública como si pertenecen a una persona natural o jurídica privada.

En el primer caso se trata del ejercicio del poder público en una modalidad que, por sus mismas características, puede vulnerar derechos fundamentales. En el segundo, la posibilidad de solicitar protección judicial por esta vía encuentra sustento -como lo dijo el fallo de instancia- en el artículo 86 de la Constitución y en el 42 del Decreto 2591 de 1991.

En efecto, la norma constitucional limita la procedencia de la acción contra los particulares a los casos contemplados por la ley, cuando aquéllos estén encargados de la prestación de un servicio público, su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o se configure la subordinación o la indefensión del demandante.

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 -que contiene las normas legales reguladoras de la acción de tutela, según las disposiciones transitorias de la Carta Política- establece en su artículo 42 que cabe la protección judicial cuando se solicite la rectificación de informaciones inexactas o erróneas, exigiendo al respecto que el accionante anexe la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada y no publicada en condiciones que aseguren su eficacia.

Como se observa, la legislación da lugar a la tutela como mecanismo de defensa específico para el derecho que, según el artículo 20 de la Constitu-

ción, tiene toda persona frente a los medios de comunicación para que éstos rectifiquen, en condiciones de equidad, las informaciones falsas, erróneas, inexactas o incompletas que respecto de ellas hayan difundido.

Desde luego, tan sólo se puede acudir a la vía judicial cuando se haya agotado, sin obtener éxito, la solicitud de rectificación ante el mismo medio.

Sobre el particular ha señalado esta Corte:

"Lo que se busca es dar oportunidad al medio sobre cuya información hay inconformidad, para que rectifique o aclare. En este como en otros campos, es preciso partir de la base de la buena fe y, siendo posible que el medio de comunicación no hubiese tenido intención o voluntad de agravio, es menester que se le permita corregir lo dicho o escrito antes de plantearle un conflicto judicial." (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-512 del 9 de septiembre de 1992).

En el evento sub-lite, la pretensión del peticionario era la de que un medio impreso -la revista "Semana"- rectificara una información falsa que afectaba su reputación y, hasta el momento de presentar la demanda, aunque lo solicitó por escrito, nada había obtenido.

No cabe duda, entonces, acerca de que la acción de tutela era procedente.

Los límites del derecho a la información

Garantía constitucional de primer orden ha sido otorgada en la Carta vigente a la actividad periodística.

El artículo 20, después de plasmar la libertad que tiene toda persona de expresar su pensamiento y opiniones, asegura las de informar y recibir información veraz e imparcial y fundar medios masivos de comunicación.

La norma declara que los medios son libres y excluye la censura, a la vez que el artículo 73 ibidem otorga protección especial al ejercicio del periodismo, en garantía de la libertad e independencia profesionales de quienes lo tienen a cargo.

El artículo 74 de la Constitución consagra el derecho de acceso a los documentos públicos como regla general cuyas excepciones únicamente puede establecer el legislador. Con ello se eliminan las barreras administrativas levantadas muchas veces con el objeto de obstaculizar toda labor investigativa de la prensa para ocultar al público hechos que tiene derecho a conocer.

El secreto profesional -allí mismo previsto-, si bien resulta aplicable a diferentes actividades según su naturaleza, tiene particular relevancia en el cam-

po periodístico, ya que implica la reserva de las fuentes informativas, garantía ésta que, sobre la base de la responsabilidad de los comunicadores, les permite adelantar con mayor eficacia y sin prevención las indagaciones propias de su oficio. Esto repercute en las mayores posibilidades de cubrimiento y profundización de los acontecimientos informados y, por tanto, en la medida de su objetivo y ponderado uso, beneficia a la comunidad, en cuanto le brinda conocimiento más amplio de aquéllos.

Este conjunto normativo, que hace parte del Derecho Constitucional de las comunicaciones, fortalece el espíritu democrático de nuestras instituciones y favorece la participación colectiva en la toma de decisiones y en el curso ordinario de la vida en sociedad (artículos 1º y 2º C.P.).

Lo dicho no obsta para que, al amparo de la misma preceptiva constitucional, se haya fortalecido el concepto de responsabilidad de los medios y de los periodistas por el contenido y los alcances de las informaciones que difunden, la cual tiene soporte en que no se trata de una libertad de carácter absoluto.

El derecho a la información, como lo ha subrayado la jurisprudencia, es de doble vía, con lo cual se quiere significar que puede ser reclamado tanto por el sujeto activo como por los sujetos pasivos de la relación informativa, es decir, por quien emite las informaciones y por quien las recibe. Este último puede exigir que le sean suministradas con veracidad e imparcialidad y aquél, por la misma razón, tiene a su cargo los deberes correlativos.

La Corte ha señalado al respecto:

"El de la información es un derecho de doble vía, en cuanto no está contemplado, ni en nuestra Constitución ni en ordenamiento ni declaración alguna, como la sola posibilidad de emitir informaciones, sino que se extiende necesariamente al receptor de las informaciones y, más aún, como ya se dijo, las normas constitucionales tienden a calificar cuáles son las condiciones en que el sujeto pasivo tiene derecho a recibir las informaciones que le son enviadas.(...)

Lo cual significa, por lo tanto, que no siendo un derecho en un solo y exclusivo sentido, la confluencia de las dos vertientes, la procedente de quien emite informaciones y la alusiva a quien las recibe, cuyo derecho es tan valioso como el de aquél, se constituyen en el verdadero concepto del derecho a la información. En él aparece, desde su misma enunciación, una de sus limitantes: el derecho a informar llega hasta el punto en el cual principie a invadirse la esfera del derecho de la persona y la comunidad, no ya únicamente a recibir las informaciones sino a que ellas sean veraces e imparciales. De donde surge como lógica e ineluctable consecuencia que las infor-

maciones falsas, parciales o manipuladas no corresponden al ejercicio de un derecho sino a la violación de un derecho, y como tal deben ser tratadas desde los puntos de vista social y jurídico". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-512 del 9 de septiembre de 1992).

Agregó sobre el tema la Sala Quinta de Revisión:

"...el derecho a la información es de **doble vía,** característica trascendental cuando se trata de definir su exacto alcance: no cobija únicamente a quien informa (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujetos pasivos), quienes pueden y deben reclamar de aquel, con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de la información. Esta debe ser, siguiendo el mandato de la misma norma que reconoce el derecho, "veraz e imparcial". Significa ello que no se tiene simplemente un derecho a informar, pues el Constituyente ha calificado ese derecho definiendo cuál es el tipo de información que protege. Vale decir, la que se suministra desbordando los enunciados límites -que son implícitos y esenciales al derecho garantizado- realiza anti-valores (falsedad, parcialidad) y, por ende, no goza de protección jurídica; al contrario, tiene que ser sancionada y rechazada porque así lo impone un recto entendimiento de la preceptiva constitucional". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-332 del 12 de agosto de 1993).

Así, pues, si quien informa responde por las informaciones que entrega, su actividad puede dar lugar a que los afectados inicien contra él las pertinentes acciones civiles y penales en relación con los daños de una u otra naturaleza, causados por la difusión de aquéllas.

A la vez, en cuanto se trata de una responsabilidad social, la colectividad -receptora y procesadora del material informativo- tiene pleno derecho a sancionar, con su rechazo, el comportamiento indebido de quienes, abusando de la especial protección ofrecida por el sistema jurídico a la actividad periodística, causan daño al conglomerado o perjudican a personas en concreto. Y, por supuesto, el Estado, al que corresponde, según los artículos 2 y 15 de la Carta, respetar y hacer respetar los derechos fundamentales a la intimidad, a la honra y al buen nombre de las personas, exigir títulos de idoneidad, inspeccionar y vigilar el ejercicio de las profesiones (artículo 26 C.P.), puede actuar, en los términos de la Constitución, para impedir y castigar abusos.

La obligación de rectificar. Necesidad de previa confirmación de lo que se publica, en especial si afecta la honra o el buen nombre de personas en concreto.

El afectado por informaciones falsas, erróneas, inexactas o incompletas, que lesionen su honra o su buen nombre, tiene un derecho, que hoy es de

rango constitucional, a obtener del medio que las haya difundido la correspondiente rectificación en condiciones de equidad (artículo 20 C.P.).

Se trata de un valioso instrumento que busca restablecer, al menos en el caso de la información respectiva, un equilibrio entre el poder de los medios de comunicación y la impotencia en que se encuentra, frente a ellos, la persona.

Ha dicho la Corte en torno al tema:

"Desde el punto de vista de informaciones falsas, erróneas o inexactas públicamente difundidas, aspecto al cual alude el precepto constitucional, la rectificación en condiciones de equidad implica que quien las propaló corrija o modifique su dicho, también públicamente y con igual despliegue, a fin de restablecer el derecho vulnerado. En caso de controversia acerca de si se dieron o no las condiciones de equidad exigidas por el Constituyente al efectuarse la rectificación de informaciones, queda en manos del juez la evaluación y la decisión correspondientes en el caso particular". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-332 del 12 de agosto de 1993).

El de rectificación es un derecho de la misma naturaleza fundamental del que tiene el sujeto activo a informar y de los derechos a la honra y al buen nombre, que por su conducto se protegen. Por eso, el medio que se niega a rectificar, debiendo hacerlo, puede ser forzado a cumplir la obligación correlativa que le es exigible mediante el ejercicio de la acción de tutela.

Es que, cuando un medio de comunicación rectifica, no concede una gracia ni hace un favor al ofendido. Apenas da cumplimiento a una de sus más elementales obligaciones.

Bien se sabe que, de todas maneras, algo queda de la especie difundida y, por tanto, el resarcimiento no es total, pero, por lo menos, se facilita al perjudicado su futura defensa a través de una constancia originada en quien causó el agravio.

Claro está, como la Corte lo ha puesto de presente, la rectificación se impone al medio tan sólo en la medida en que objetivamente aparezca que se ha equivocado. Mal podría pretenderse una pública corrección de aquello que probadamente es verdadero. De allí que un medio informativo pueda negarse a rectificar, siempre que lo haga fundadamente, cuando está convencido de la veracidad de las informaciones objeto de reclamo.

La Corte debe insistir en lo siguiente:

"Si el medio de comunicación se equivocó públicamente, debe rectificar públicamente. Y lo debe hacer con honestidad y con franqueza, sin acudir al

fácil expediente de disimular su falta de veracidad u objetividad trasladando a la persona lesionada la responsabilidad de desempeñar el papel que en justicia debe cumplir el autor de las afirmaciones materia de rectificación. Si el medio habló en primera persona para difundir la especie falsa o inexacta en cuya virtud se hirió la honra o el buen nombre de un miembro de la sociedad, éste tiene derecho, garantizado por la Carta, a que también en primera persona el medio reconozca pública y abiertamente el error cometido.

Claro está, todo lo dicho vale dentro del supuesto de que en realidad las aseveraciones difundidas presenten cualquiera de las características enunciadas (inexactitud, falsedad, tergiversación, falta de objetividad), ya que, de no ser así, el medio puede reafirmarse en lo dicho, aportando públicamente las pruebas que acreditan la veracidad e imparcialidad de lo informado". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-332 del 12 de agosto de 1994).

Obviamente, tal posición del medio exige un previo respaldo, que se deriva de la confirmación acerca del contenido de lo informado.

Por el sólo hecho de publicar algo, el medio respectivo se responsabiliza de lo publicado. Si ha recurrido a terceros en calidad de fuentes y hace públicos los datos que ellos suministran, sin ocuparse en su verificación, asume los riesgos inherentes al crédito que les ha concedido.

La práctica de confirmar las noticias que se difunden es un comportamiento que se desprende de la ética periodística y de la indispensable lealtad hacia los receptores de ellas. Desde el punto de vista jurídico, tiene que ver con la responsabilidad social incorporada a todo ejercicio del derecho a informar. La confirmación salvaguarda la credibilidad del informador y simultáneamente neutraliza la eventual reacción de quien temerariamente aspire a rectificar lo que encuentra sustento en hechos reales y probados. A juicio de la Corte, representa una verdadera garantía del derecho a la información en cuanto fortalece y afirma la certeza colectiva.

Ahora bien, la rectificación parte del supuesto de una información falsa, errónea o desfigurada, por lo cual, establecido el agravio, únicamente se entiende que el medio ha rectificado cuando, con igual despliegue e importancia y por el mismo conducto utilizado inicialmente, el informador reconoce haberse equivocado, no en otras materias -aunque se refieran a la misma persona-, sino precisamente en el asunto objeto del error o equívoco.

En el caso sometido a examen, la revista "Semana" divulgó una información según la cual el accionante había sido solicitado en extradición por el delito de narcotráfico por las autoridades peruanas.

Esta noticia no fue confirmada por el medio, pues en el expediente obran copias de los oficios expedidos los días 28 y 29 de septiembre por los ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia, en los cuales puede leerse respectivamente:

1) "En atención a su oficio No. 892 del 27 de los corrientes, me permito informarles que en el archivo de esta Oficina en la cual se encuentran las extradiciones que están en trámite, no reposa documentación relacionada con el señor José Manuel Cruz Aguirre; por consiguiente, su petición fue trasladada por competencia al Ministerio de Justicia y del Derecho mediante oficio OJ.E.256S con fecha del día de hoy, del cual anexo copia". (Fl. 294).

2) "En atención al oficio 892 del 27 de septiembre de 1994, dirigido al Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, remitido a esta oficina vía Fax el 28 de los corrientes, atentamente me permito informar a usted, que revisados los archivos que se llevan en esta oficina hasta el día 28 de septiembre de 1994, no se encontró solicitud de extradición por parte de ningún país contra: José Manuel Cruz Aguirre, identificado con la cédula de ciudadanía 17.063.784 de Bogotá". (Fl. 295).

No cabe duda, entonces, de que la información aparecida en la crónica titulada "Pelota caliente" (Edición 636-julio 12 al 19 de 1994) era falsa, por lo cual la revista estaba obligada a rectificar, expresando que Cruz Aguirre no había sido solicitado en extradición por ningún Estado, según los informes de las autoridades competentes. Estos han debido ser obtenidos por la publicación antes de informar o, a más tardar, cuando se pidió la rectificación.

Hasta la fecha de esta providencia, la aludida rectificación no se ha producido, pues lo aparecido en las ediciones 647 (septiembre 27 a octubre 4) y 650 (18 a 25 de octubre) no desmiente la versión objeto de reclamo, es decir, que el accionante había sido solicitado en extradición por las autoridades peruanas, sino que, por el contrario, en la primera de aquéllas se agregan nuevas incriminaciones.

Así las cosas, la transcripción que en la segunda de las mencionadas ediciones se hizo de los oficios a cuyo tenor el peticionario no registraba antecedentes penales apenas contradecía lo afirmado por la revista en su edición de septiembre 27, dejando de lado lo concerniente a la solicitud de extradición.

En consecuencia, "Semana" ha debido reconocer en público que a éste último respecto se había equivocado.

La responsabilidad por la publicación de informaciones sin autor conocido

Del artículo 20 de la Carta Política, cuyo texto indica que los medios masivos de comunicación "son libres y tienen responsabilidad social", se deduce que, cuando se publica una información sobre la cual se conoce su autor y ésta merece ser rectificada por no ser veraz e imparcial, la víctima puede acudir al juez para demandar protección, actuando tanto contra el medio como contra el autor de la publicación o contra los dos al tiempo.

En cambio, al no estar suscrita la información por persona alguna podría pensarse que no hay directo responsable.

La Corte considera, sin embargo, que semejante conclusión sería no solamente injusta sino que generaría la impunidad por la violación de los derechos fundamentales y, contra el mandato constitucional, haría al medio de comunicación irresponsable.

En efecto, cuando se presenta tal circunstancia no sólo se involucra el medio sino quien lo dirige, en cuanto ha asumido su representación desde el punto de vista informativo y tiene a su cargo las responsabilidades inherentes a la difusión de informaciones. Dada su función, se supone que el Director conoce la información que habrá de propagar a través del medio que orienta, de lo cual se deriva su propia obligación de verificar que ella se ajuste a la realidad y tenga el respaldo probatorio suficiente como para hacerla pública.

En el caso bajo examen observa la Corte que la crónica titulada "Pelota Caliente" no está suscrita por un autor determinado. De allí que, según lo dicho, las acciones respectivas hayan podido dirigirse válidamente contra la revista "Semana" y también contra el doctor Mauricio Vargas, su Director, aunque éste no haya escrito directa y personalmente el informe que dió lugar a la demanda.

Así, pues, la Corte ordenará que por el exacto cumplimiento de esta Sentencia responda el Director del medio demandado, ya que es a él a quien compete verificar que la rectificación aludida se produzca en los términos fijados en la presente providencia.

Oportunidad de la rectificación

Para que la rectificación cumpla su cometido y garantice de manera efectiva la reivindicación de quien ha sido víctima de incriminaciones infundadas o de informaciones ajenas a la verdad, debe ser oportuna. La rectificación tardía es inoficiosa y extemporánea.

Por ello, el medio llamado a rectificar debe hacerlo en un término razonable a partir de la solicitud correspondiente, desde luego previa verificación de los hechos.

Ha observado la Corte que en el presente caso, cuando el actor ejerció la acción de tutela (14 de septiembre de 1994), habían transcurrido varias semanas desde la fecha en que se había dirigido a la revista para pedirle que rectificara (escrito recibido en la sede del medio el 12 de agosto).

Tan sólo en la entrega del 27 de septiembre (edición número 647) fue publicada la Carta del petente, aunque por medio de una nota que a su texto se añadió, la revista, lejos de rectificar, hizo aseveraciones nuevas y distintas, específicamente relacionadas con posibles antecedentes penales del quejoso, que luego fueron contradichas por el Jefe de la Sección Técnica de la Unidad Central de Crimininalística y por la Sección contra delitos de narcotráfico de la Subdirección de Policía Judicial e Investigación. (Folios 267 y 268).

La rectificación fue, pues, tardía y, como arriba se expresa, se refirió a aspectos diversos del que ha debido rectificarse.

Según el material probatorio que ha conocido la Corte, el peticionario tenía razón al solicitar que la revista "Semana" rectificara el informe por ella publicado, en el cual se afirmaba que las autoridades del Perú reclamaban su extradición pese a que, de conformidad con las certificaciones de las competentes dependencias oficiales colombianas, ello no correspondía a la realidad.

Dado que la rectificación no se produjo oportunamente y puesto que, varias semanas después, quando se publicó la carta del solicitante, el semanario agregó nuevos datos, carentes de todo respaldo, resulta indudable que fueron lesionados los derechos a su honra y a su buen nombre y que, por otra parte, se desconoció la presunción de inocencia que lo favorecía, según el artículo 29 de la Carta, mientras no fuera desvirtuada -previo un debido proceso- por decisión judicial en firme.

A juicio de la Corte, si de antecedentes penales se trataba, la revista "Semana" ha debido aplicar lo previsto en el artículo 248 de la Constitución Política: "Unicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales".

Se estima que el medio de comunicación no podía fundar su información -como lo hizo- en las que a su vez habían suministrado otras publicaciones. "Semana" ha debido asumir su responsabilidad, si daba crédito a las fuen-

tes consultadas -puesto que hizo suyas las aseveraciones de éstas- y, por tanto, estaba obligada a confirmar el dato que publicaría, especialmente teniendo en cuenta que por razón de él quedaría en tela de juicio el nombre y el prestigio de una persona.

Más todavía, después de la publicación inicial y ante la solicitud de rectificación, era su deber el de verificar los hechos y reconocer, en la misma forma pública en que había difundido la especie ofensiva, que ésta era errónea, para obtener que la información transmitida a la colectividad fuera contrarrestada.

Cabía, entonces, la acción de tutela y estaba llamada a prosperar, como en efecto aconteció en el estrado de instancia, siendo claro que la rectificación ordenada por el Juzgado no se refirió, debido a la extemporaneidad de las respuestas oficiales, a la noticia sobre solicitud de extradición por parte del Perú, sino al hecho de que el peticionario no registraba en la Policía antecedentes de narcotráfico o enriquecimiento ilícito.

Por tanto, habida cuenta de que en sede de revisión, esta Corte sí conoció las certificaciones no recibidas a tiempo por el juez de instancia, habrá de confirmar el fallo, pero adicionándolo en el sentido de que la revista "Semana" deberá rectificar sobre la materia en torno a la cual todavía no lo ha hecho, es decir, acerca de que no existió la solicitud de extradición por ella sostenida inicialmente.

La Corte Constitucional advierte que los fundamentos jurídicos del presente fallo versan de manera exclusiva y específica sobre la viabilidad y prosperidad de la acción de tutela en relación con la afirmación pública que ha debido ser rectificada, por lo cual, no siendo de competencia del juez constitucional la definición acerca de responsabilidades de índole penal, el hecho de conceder la tutela impetrada no encierra pronunciamiento judicial alguno desde ese punto de vista.

Así, pues, esta Sentencia no constituye absolución del peticionario en relación con los ilícitos mencionados, ni tampoco su condena, pues no produce ningún efecto en el campo propio de la jurisdicción penal ordinaria. Sus consecuencias jurídicas cobijan tan sólo el campo constitucional en el estricto ámbito de la acción de tutela.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la Sentencia proferida el 28 de septiembre de 1994 por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, D.C., al resolver sobre la acción de tutela instaurada por José Manuel Cruz Aguirre.

Segundo.- ADICIONASE la providencia confirmada en el sentido de ORDENAR a la revista "Semana" que, en la edición siguiente a la notificación del presente fallo, publique, con la misma importancia y despliegue de la información inicial, una rectificación suya en el sentido de que el peticionario, según la certificación del Ministerio de Justicia y del Derecho, no ha sido solicitado en extradición por parte de ningún país.

Tercero.- Por el exacto cumplimiento de este fallo responderá el Director de la revista "Semana", doctor Mauricio Vargas Linares.

Cuarto.- Se confía la vigilancia sobre la ejecución de lo ordenado en esta Sentencia al Juez 32 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

Quinto.- LIBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-075
de febrero 24 de 1995

DERECHO A LA EDUCACION - Sanción por no participar en desfile

A la peticionaria se le dio un trato discriminatorio, diferente al que recibieron los otros alumnos que se encontraban en la misma circunstancia, lo que constituye una violación del derecho a la igualdad. El artículo 13 de la Constitución señala que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, que merecen igual protección por parte de las autoridades y que no podrán ser objeto de discriminación por la religión que profesen.

REGLAMENTO ESTUDIANTIL - Inconstitucionalidad

Es necesario señalar que, de conformidad con el reglamento estudiantil del Colegio, la conformación del Consejo de Profesores desconoce los preceptos constitucionales y legales vigentes, en la medida en que en él no intervienen los estudiantes. Las directivas del plantel están en mora de modificar oportunamente sus estatutos ajustándolos a las normas constitucionales y legales, para atender los mandatos que aquellas contienen y hacer efectivo el derecho de los estudiantes a participar en las decisiones que les incumben.

DEBIDO PROCESO - Violación por sanción estudiantil

Con la medida adoptada por el citado consejo se vulneró el debido proceso, debido que: en primer término, la alumna no estuvo representada ni fue citada a la reunión, por lo que se le negó el derecho a la defensa; en segundo lugar, la conducta por la cual se le sancionó, no está considerada reglamentariamente como falta que amerite una sanción y, en esa medida, la pena correspondiente tampoco está contemplada en las disposiciones del plantel.

DEBER PATRIOTICO - Participación en desfile / **LIBERTAD DE CONCIENCIA** - Testigo de Jehová

La exigencia del cumplimiento de un deber hacia la patria -que se deriva claramente del concepto de unidad de la Nación plasmado en el preámbulo, del artículo 2º sobre participación de todos en la vida de aquélla, y del 95,

numeral 5, que obliga a la persona y al ciudadano a "participar en la vida política, cívica y comunitaria del país" (subraya la Corte)- no significa vulneración o ataque a la libertad de conciencia. No por el hecho de exigir de un estudiante -como elemento inherente a su condición de tal- su concurrencia a un acto de carácter cívico, se puede sindicar al centro educativo de quebrantar la libertad de conciencia del alumno renuente por cuanto, a juicio de la Sala, apenas se cumple con una función indispensable para la formación del educando, la cual hace parte insustituíble de la tarea educativa.

Ref.: Expediente No. T-48.444

Acción de Tutela contra el Colegio Nacionalizado de Bachillerato de Restrepo -Meta-, por la presunta violación de los derechos a la libertad de conciencia, a la de cultos, a la igualdad y al debido proceso.

Temas: Derechos a la igualdad y al debido proceso, a la libertad de conciencia y a la de religión, diferencia con la sentencia T-539-A de 1993.

Actor: Patricia Pitto Gómez

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero 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 -Magistrado Ponente-.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

Procede a dictar sentencia de revisión de la decisión de Instancia proferida en el trámite del proceso de la referencia, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Restrepo -Meta-.

ANTECEDENTES

1.- Hechos

Patricia Pitto Gómez, menor de edad, estudiante de octavo grado del Colegio Nacionalizado de Bachillerato de Restrepo -Meta-, a través de su acudiente, presentó una solicitud dirigida a los profesores del plantel, con el fin de que se le excusara de asistir tanto a los actos preparatorios, como al desfile conmemorativo de la fiesta del 20 de julio del año pasado.

La razón para solicitar dicho permiso consistió en que, por pertenecer a la comunidad de los Testigos de Jehová, le está prohibido rendir homenaje a los símbolos patrios y asistir a los actos de celebración de las fiestas nacionales, porque ello significa, de conformidad con lo consagrado en la Biblia (Exodo 20.4) y en las normas que rigen su congregación, un acto de adoración, un culto, que sólo puede rendirse a Jehová, que es Dios. En la cartilla "La Escuela y los testigos de Jehová", para la enseñanza de la doctrina de este credo, que obra en el expediente (folios 5 a 20), se dice: "Los testigos de Jehová también se abstienen respetuosamente de participar en estos días de fiesta nacionales. Aunque respetamos a las autoridades del país donde residimos, por razones de conciencia no les damos honores que vemos como razones de adoración. Permanecemos neutrales para con todas esas celebraciones. Eso está en armonía con estas palabras de Jesús acerca de sus seguidores: ´Ellos no son parte del mundo, así como yo no soy parte del mundo´. (Juan 17:16)".

La alumna presentó la solicitud el 19 de julio de 1994 ante la Directora de Grupo, quien de inmediato la remitió al Coordinador de Disciplina, sin que ese mismo día le fuera comunicada decisión alguna.

Luego de que se realizará el desfile y de que Patricia Pitto no asistiera, el Coordinador de Disciplina le informó que el permiso había sido negado, y sin argumentar la decisión, "se burló de nosotros nos dijo entonces que porque (sic) teníamos cédula y que no nos podían dar un certificado porque en el certificado venía (sic) el escudo...".

Ante tal situación, la estudiante y su acudiente se dirigieron al Rector del Colegio, quien les manifestó que la situación planteada sería decidida en el Consejo de Profesores, al cual no fueron invitadas para exponer sus argumentos y defenderlos.

En dicha reunión se inadmitió la excusa presentada, lo que fue comunicado a la acudiente de la peticionaria a través de un oficio del 22 de agosto de 1994, suscrito por el Licenciado Gallego Gil, en el que se le informó que las creencias y prácticas religiosas no son argumentos suficientes para exonerarse de cumplir un deber legal, como lo es participar en las actividades cívicas que tienen que ser promovidas por los entes educativos, según se desprende de normas legales.

Igualmente se le avisó que la inasistencia sería calificada con uno (1) en la materia de Educación Física; esto, en sentir de la accionante, es un acto discriminatorio, pues quienes dejaron de asistir al desfile sin excusarse -entre los cuales están los estudiantes que residen en Villavicencio-, no fueron objeto de idéntica sanción.

2. Demanda

Ante la negativa del Rector del Colegio Nacionalizado de Bachillerato de Restrepo de excusar a la estudiante Patricia Pitto Gómez de asistir al desfile del 20 de julio, y ante la sanción que se le impuso, la citada menor instauró acción de tutela contra el colegio, con el propósito de que se le protejan sus derechos a la libertad de conciencia, de culto, el de igualdad y el del debido proceso y que, en consecuencia, se le levante la sanción impuesta.

3. Fallo que se revisa

El Juez Promiscuo Municipal de Restrepo, mediante providencia del 9 de septiembre de 1994, resolvió no tutelar los derechos invocados por la peticionaria, con base en las siguientes consideraciones:

"En apariencia nos encontramos ante un conflicto de derechos fundamentales estipulados en el art. 18 y el plasmado en el art. 41 de la C.N. cuyo texto dice: 'En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la instrucción cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El estado divulgará la Constitución'."

"...El ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución de 1991 implica responsabilidades y deberes a cada uno de los colombianos como lo es el participar en la vida política, cívica y comunitaria del país en concordancia con el art. 95 Num. 5o. de la C.N.".

"...Sobre el caso en concreto tenemos que se ha institucionalizado la bandera de Colombia teniéndose que la cultura cívica es uno de los factores primordiales de la educación nacional y el estado debe fomentarla por todos los medios a su alcance, en especial por aquellos que tiendan a recompensar los méritos intelectuales y morales de la juventud estudiosa, toda vez que mediante el Decreto 2229 de 1947 se institucionalizó la bandera de Colombia para que fuera un eficáz (sic) estímulo de la formación de auténticos patriotas ordenándose que dentro de las actividades escolares debían practicarse con frecuencia y solemnidad. Posteriormente el Decreto 3408 de 1948 identificó la enseñanza de la historia patría (sic) Colombiana y ordenó que los colegios de secundaria que aspirarán (sic) al reconocimiento oficial de los certificados que expidan, deberían llevar los libros reglamentarios y además el libro de la institución de la bandera Colombiana norma que aún no ha sido variada".

"...El Despacho observa que la administración curricular esta (sic) prevista en el Decreto 1002 de 1989 en donde se establece el plan de estudio para la

educación pre-escolar básica (primaria y secundaria) y media vocacional de la educación formal Colombiana en su art. 2o. establece que se deben identificar y valorar los factores que influyan en el desarrollo cultural y patriótico, teniendo en cuenta los principios democráticos de la nacionalidad Colombiana."

"Como lo establece la carta, la regla general es la obligación de todos los Colombianos, participar en la vida cívica del país. lo que significa que la accionante estaba en la obligación de rendír (sic) honores a la bandera colombiana como hasta la fecha del 20 de Julio de 1994 lo había hecho."

"...Como también es cierto que la accionante al ser matriculada en el colegio oficial nacionalizado de Restrepo, adquiere deberes como alumna, tales como los enunciados en el manual normativo del estudiante en su art. 1o. literal f, consistente en que para ingresar al colegio el alumno debe aceptar y cumplír (sic) las normas del manual, adquiriendo el alumno (el) deber fundamental de aceptar junto con sus padres o acudientes las disposiciones normativas del plantel como lo es el rendír (sic) honores a la bandera colombiana y participar en los eventos patrióticos que se realizaren el 20 de Julio de cada año".

"...Para el caso concreto la religión que manifiesta practicar la solicitante de la tutela se basa en la interpretación y aplicación textual de la Biblia a lo cual considera este Despacho que no le corresponde pronunciarse sobre la interpretación religiosa pero respeta el sentido de la interprete (sic) de acuerdo con su propia conciencia."

"...Acorde a lo anterior, a la luz del ordenamiento en vigor, el Despacho considera que no es procedente acceder a la pretensión de la accionante, toda vez que podría llegar el momento en que se negare (sic) todos los alumnos de un centro educativo a rendír (sic) honores a la bandera colombiana el día 20 de julio de cada año, vulnerándose el concepto de igualdad y orden justo perseguido por la carta política."

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia de instancia proferida en este proceso, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política. Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas proferir el fallo, según el reglamento interno de la Corporación y el auto proferido por la Sala de Selección Número Diez, el 24 de octubre de 1994.

2.- Diferencia con el caso considerado en la Sentencia T-539A del 22 de noviembre de 1993

Mediante este fallo, la Corporación resolvió la acción de tutela interpuesta por una estudiante de la Universidad del Sinú, a través de la cual pretendía la protección de su derecho a la libertad de culto, mediante la obtención de una orden al Rector del citado plantel para que se le permitiera dejar de asistir a las clases de los sábados y, en su lugar, se le asignaran trabajos dirigidos por los titulares de las materias.

El fundamento de su petición consistió en que, como miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, los sábados debe dedicarlos a la adoración del Señor.

La Corte denegó la protección, en consideración a que lo pretendido mediante la tutela era la exoneración del cumplimiento de un deber legal, consistente en acatar un horario de clases establecido por la universidad bajo la órbita de su competencia, y al cumplimiento del cual la alumna se había obligado con la firma de la matrícula. A propósito expresó la Corte:

"Si toda libertad encuentra su límite en el derecho y en la libertad del otro, el militante de una fé tiene que ser consciente de que ha de conciliar las prescripciones que de ésta deriva, con las que tienen su origen en la norma jurídica válidamente establecida y que si opta por las primeras, ha de afrontar las consecuencias que se siguen de su elección, sin que éstas puedan ser juzgadas como injustas represalias por la adhesión a un determinado culto".

Existiendo ese precedente en la jurisprudencia de la Corte, esta Sala se ocupará inicialmente de examinar si el caso que se revisa en la presente providencia se diferencia del que fue considerado en la sentencia T-539-A, o si la situación de hecho es igual y, por tanto, la decisión también debe serlo.

La estudiante de la Universidad del Sinú presentó al Rector una solicitud que fue resuelta por éste de manera oportuna; es decir, el funcionario le informó que el motivo aducido para que se le exonerara de atender los cursos programados los sábados (las obligaciones que le impone su credo), no era aceptable como justificación para darle trato excepcional. De esta manera, la estudiante quedaba en libertad de optar por acatar las normas de su religión o a las del ente educativo, antes de que se realizaran las clases objeto de la petición. En cambio, la solicitud de la acudiente de Patricia Pitto Gómez fue resuelta de manera inoportuna (la decisión le fue notificada el 22 de agosto), después de que se realizara el desfile, cuando ya no podía optar por acoger la orden de asistir al mismo.

Al matricularse, la estudiante de la Universidad del Sinú aceptó libremente un plan de estudios en el que figuraba la programación de cursos el día sábado. En cambio, el colegio Nacionalizado de Restrepo modificó el plan de estudios en el que se había matriculado la actora, introduciendo la actividad que originó esta demanda, en respuesta a una invitación del Alcalde fechada el 18 de junio, mucho después de perfeccionada la matrícula.

En el primero de los casos, el comportamiento de la autoridad que fue demandado como violatorio de los derechos fundamentales, consistió en la negativa oportuna de una petición; en el segundo, se demanda porque al deficiente trámite de la petición, siguió la imposición de una sanción acomodaticiamente inventada *ex post facto*, un castigo para un comportamiento no previsto como falta disciplinaria.

La Universidad del Sinú aplicó un reglamento que la Corte encontró acorde con las normas superiores. Las normas del Colegio Nacionalizado de Restrepo, en cambio, desconocen el mandato del artículo 45 de la Constitución y no contemplan el ejercicio del derecho de defensa en favor del estudiante, por lo que con su aplicación se vulnera el debido proceso.

3.- Violación de los derechos fundamentales

De la diferencia entre estos dos casos, lo único que se sigue es que en la solución judicial de los mismos se deben aplicar normas distintas. Por tanto, una vez diferenciado el caso que se revisa del precedente, corresponde a la Sala examinar si en él se cumple con los presupuestos requeridos para otorgar la tutela.

3.1 Derecho a la igualdad

Patricia Pitto Gómez alega que recibió un trato discriminatorio en relación con los alumnos que no participaron en el desfile conmemorativo de la fiesta patria, pues ellos no fueron objeto de la misma sanción, a pesar de ser ella la única estudiante que solicitó permiso para no asistir.

Con el propósito de verificar dicha afirmación, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 13 de diciembre de 1994, solicitó al Rector del Plantel, remitir, además del Reglamento Estudiantil, la lista de alumnos que no asistieron al evento, la relación de los que presentaron excusa, y la de las sanciones impuestas.

La mencionada prueba se remitió a la Corte el 26 de enero de 1995, y en oficio suscrito por el Licenciado Fabián Gallego, se afirma que:

1.- Los estudiantes residentes en Villavicencio fueron excusados de participar en el desfile, debido a que el transporte era insuficiente para un número tan alto de niños.

2.- A los alumnos no comprendidos en este grupo y que dejaron de asistir al evento, se les calificó con la nota de uno en educación física; dentro de ellos se encuentra Patricia Pitto Gómez quien, además, fue la única que presentó excusa.

Sin embargo, con el oficio remitido por el rector, fue enviada a la Corte una copia del control de notas de educación física que contradice lo afirmado por tal funcionario, pues en el período en que se calificó a la actora con un uno, ningún otro recibió igual nota.

En tal virtud, a Patricia Pitto Gómez se le dio un trato discriminatorio, diferente al que recibieron los otros alumnos que se encontraban en la misma circunstancia, lo que constituye una violación del derecho a la igualdad. El artículo 13 de la Constitución señala que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, que merecen igual protección por parte de las autoridades y que no podrán ser objeto de discriminación por la religión que profesen.

3.2. Violación del derecho al debido proceso

Para decidir definitivamente sobre la solicitud presentada por la señorita Pitto Gómez, el Rector convocó al Consejo de Profesores; éste decidió no aceptar la excusa y acordó sancionar a la alumna por su inasistencia al desfile.

Es necesario señalar que, de conformidad con el reglamento estudiantil del Colegio -parágrafo primero del artículo 7o.-, la conformación del Consejo de Profesores desconoce los preceptos constitucionales y legales vigentes, en la medida en que en él no intervienen los estudiantes. Pues bien, el artículo 45 de la Carta Política consagra como derecho de la juventud, la participación activa "en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.". Esta norma fue desarrollada por el artículo 143 de la Ley 115 de 1994, que en su literal d. establece que el Consejo Directivo de los establecimientos educativos debe estar integrado, entre otros, por "un representante de los estudiantes que debe estar cursando el último grado de educación que ofrezca la institución".

De tal manera, mal puede el rector del colegio justificar el procedimiento seguido, en la aplicación de una norma que es contraria a la Constitución y a la ley, pues ello implica, igualmente, un desconocimiento del artículo 4o. Superior.

Las directivas del plantel están en mora de modificar oportunamente sus estatutos ajustándolos a las normas constitucionales y legales, para atender los mandatos que aquellas contienen y hacer efectivo el derecho de los estudiantes a participar en las decisiones que les incumben.

Además, con la medida adoptada por el citado consejo se vulneró el debido proceso, debido que: en primer término, la alumna no estuvo representada ni fue citada a la reunión, por lo que se le negó el derecho a la defensa; en segundo lugar, la conducta por la cual se le sancionó, no está considerada reglamentariamente como falta que amerite una sanción y, en esa medida, la pena correspondiente tampoco está contemplada en las disposiciones del plantel.

3.3. Derechos a la libertad de conciencia y a la libertad de culto

La mayoría de la Sala juzga que en el caso sometido a revisión no se presenta por parte de las autoridades demandadas violación alguna de la libertad de conciencia o la libertad de culto de la señorita Pitto Gómez.

Para que pueda entenderse que respecto de un determinado acto u omisión hay lugar a conceder la tutela, es indispensable que el juez establezca, sin duda alguna, la violación o la amenaza de un derecho fundamental.

Tal certeza resulta esencial para ofrecer a la persona la protección del Estado, de tal manera que, si falta, no tiene cabida la aplicación del artículo 86 de la Carta Política en cuanto al derecho cuya vulneración o peligro se controvierte.

En este caso, se invoca el desconocimiento del derecho constitucional a la libertad de conciencia por cuanto el establecimiento educativo exigió a la peticionaria que cumpliera con un deber que se le imponía, consistente en asistir a un desfile cívico.

La solicitante alegó que su religión le prohibía adorar algo distinto a la divinidad y que, en ese orden de ideas, acudir al acto en mención representaba infringir ese principio religioso.

La Corte Constitucional estima que la exigencia del cumplimiento de un deber hacia la patria -que se deriva claramente del concepto de unidad de la Nación plasmado en el preámbulo, del artículo 2º sobre participación de todos en la vida de aquélla, y del 95, numeral 5, que obliga a la persona y al ciudadano a "participar en la vida política, **cívica** y comunitaria del país" (subraya la Corte)- no significa vulneración o ataque a la libertad de conciencia.

En esta oportunidad, resulta evidente que el acto patriótico no es sinónimo de "adoración" a los símbolos patrios. Adorar, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, quiere decir "reverencia con sumo honor o respeto a un ser, **considerándolo como cosa divina**" (se subraya).

No es eso lo que acontece cuando se llevan a cabo actos en honor de la patria, y menos aun cuando se concurre a eventos cívicos, pues, a todas luces, en las aludidas ocasiones no se está celebrando un culto ni concurriendo a una ceremonia religiosa, sino desarrollando un papel que corresponde a la persona en virtud de su sentimiento de pertenencia a la Nación. Se trata de asuntos cuya naturaleza difiere claramente.

No por el hecho de exigir de un estudiante -como elemento inherente a su condición de tal- su concurrencia a un acto de carácter cívico, se puede sindicar al centro educativo de quebrantar la libertad de conciencia del alumno renuente por cuanto, a juicio de la Sala, apenas se cumple con una función indispensable para la formación del educando, la cual hace parte insustituíble de la tarea educativa.

En el sentir de la Corte, si se permitiera que cada estudiante, según su personal interpretación de los deberes religiosos que le corresponden o so pretexto de la libertad de conciencia, se negara a cumplir con las órdenes razonables y en sí mismas no contrarias a la Constitución que le fueran impartidas por sus superiores, con el objeto de participar en la vida cívica del país, se estaría socavando la necesaria disciplina y el respeto al orden que debe reinar en toda institución.

Estos deberes no se oponen en modo alguno a libertad de pensamiento y de creencias ni a la práctica de los cultos.

Sin embargo, las violaciones expuestas en lo apartes anteriores son suficientes para conceder la protección solicitada por la demandante y, en consecuencia, se revocará la providencia de instancia y se ordenará levantar la sanción indebidamente impuesta.

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 Juez Promiscuo Municipal de Restrepo - Meta- el 9 de septiembre de 1994.

Segundo. Tutelar los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la menor Patricia Pitto Gómez.

Tercero. Ordenar a las directivas del Colegio Nacionalizado de Bachillerato de Restrepo, levantar la sanción indebidamente impuesta a la accionante.

Cuarto. Ordenar al Rector proceder de inmediato a adecuar el reglamento del Colegio a la Constitución y la ley.

Quinto. Prevenir a las directivas del Colegio Nacionalizado de Bachillerato de Restrepo para que, en futuras situaciones, se abstengan de proceder como lo hicieron con Patricia Pitto Gómez.

Sexto. Comunicar esta decisión al Juzgado Promiscuo Municipal de Restrepo para que notifique esta providencia, y proceda de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
aclaración de voto.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. T-075 de febrero 24 de 1995

LIBERTAD DE CONCIENCIA - Conflicto de derechos / **DEBER CIVICO** - Inasistencia a desfile (Aclaración de voto)

*Si el derecho fundamental a la libertad de conciencia, religiosa y de cultos, entra en conflicto con el que ellos estiman deber cívico, éste debe prevalecer sobre aquél. Inútiles resultan todos los esguinces conceptuales para ignorar el conflicto. Fue éste, precisamente, el que movió a la peticionaria a solicitar el amparo. Porque se vió sin duda en esta encrucijada: o cumplo con el deber religioso que mi creencia me impone, de no **adorar** más que a Dios, o con el deber cívico de asistir al desfile. El punto de discrepancia del suscrito magistrado con la mayoría de la Sala radica justamente allí: en que juzga que la actora podía, en ejercicio de su libertad de conciencia, religiosa y de cultos, hacer preponderante su deber de conciencia sobre la asistencia al acto patriótico.*

En la ponencia presentada a la Sala por el suscrito magistrado, se proponía conceder el amparo por la violación de los siguientes derechos fundamentales: 1) Libertad de conciencia, libertad religiosa y de cultos; 2) Derecho a la igualdad y 3) Debido proceso.

Los Magistrados Hernández y Herrera estuvieron conformes con que se concediera por los derechos señalados en 2 y 3, pero no por los que se indican en 1.

Los magistrados que conformaron la mayoría de la Sala derivan de normas tan genéricas como los artículos 2 y 95-5 de la Carta, el deber específico de asistir a un desfile conmemorativo de una efemérides patriótica, sin que puedan dispensar de su cumplimiento las creencias que se profesen acerca de la Divinidad. Es decir, que si el derecho fundamental a la libertad de conciencia, religiosa y de cultos, entra en conflicto con el que ellos estiman de-

ber cívico, éste debe prevalecer sobre aquél. Inútiles resultan todos los esguinces conceptuales para ignorar el conflicto. Fue éste, precisamente, el que movió a la señorita Gómez Pitto a solicitar el amparo. Porque se vió sin duda en esta encrucijada: o cumplo con el deber religioso que mi creencia me impone, de no ***adorar*** más que a Dios, o con el deber cívico de asistir al desfile. El punto de discrepancia del suscrito magistrado con la mayoría de la Sala radica justamente allí: en que juzga que la actora podía, en ejercicio de su libertad de conciencia, religiosa y de cultos, hacer preponderante su deber de conciencia sobre la asistencia al acto patriótico.

Y no se diga que es que el punto de vista de la actora es equivocado. Que rendir homenaje a la bandera no es un acto de ***adoración*** porque el Diccionario de la Real Academia dice otra cosa. Resulta, a mi juicio, equivocado y arrogante prescribir desde afuera a los fieles de una iglesia cómo han de entender sus preceptos. Hasta allá no creo que llegue la competencia de la Corte. Finalmente pienso, así mis respetados colegas no quieran hacerse cargo de lo que lógicamente puede inferirse de su ***dictum***, que en un Estado pluralista y liberal, como es Colombia bajo la Constitución de 1991, es perfectamente legítimo que alguien ponga a Dios por encima de la bandera. Y conste que esa aseveración la hago desde una perspectiva agnóstica pero -eso sí- profundamente respetuosa de las creencias religiosas, sean éstas "ortodoxas" o marginales.

Fecha ut supra.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

SENTENCIA No. T-076
de febrero 24 de 1995

DERECHO DE PETICION - Término / **DERECHO DE PETICION** - Pronta resolución

Para establecer cuál es el término que tiene la administración para resolver las peticiones que ante ella se presenten, debe acudirse a los preceptos del C.C.A., al igual que a la Ley 57 de 1984, en lo pertinente. El artículo 6o. del mencionado código, establece que las peticiones de carácter general o particular, se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Así mismo, prevé que en ese mismo término, la administración debe informar al solicitante, cuando sea del caso, su imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, explicando los motivos y señalando el término en el cual se producirá la contestación. Norma que por lo general no se cumple en ninguna entidad, hecho se traduce en un desconocimiento del derecho de petición. Si bien la citada norma, no señala cuál es el término que tiene la administración para contestar o resolver el asunto planteado, después de que ha hecho saber al interesado que no podrá hacerlo en el término legal, es obvio que dicho término debe ajustarse a los parámetros de la razonabilidad, razonabilidad que debe consultar no sólo la importancia que el asunto pueda revestir para el solicitante, sino los distintos trámites que debe agotar la administración para resolver adecuadamente la cuestión planteada. Por tanto, ante la ausencia de una norma que señale dicho término, el juez de tutela, en cada caso, tendrá que determinar si el plazo que la administración fijó y empleó para contestar la solicitud, fue razonable, y si se satisfizó el núcleo esencial del derecho de petición: la pronta resolución.

CAJA DE PREVISION DEL DISTRITO - Cúmulo de trabajo

No es válida la conducta de las entidades públicas que, argumentando cúmulo de trabajo, la espera de documentación que no le correspondía aportar al solicitante, e.t.c., retardan injustificadamente una respuesta, pues ello, a todas luces desconoce el derecho de petición. En este punto, es necesario tener en cuenta que el peticionario no debe correr con la negligencia y falta de

organización de algunas entidades públicas y de sus funcionarios, quienes amparados en la falta de una norma que imponga términos precisos para resolver, se abstienen de contestar rápida y diligentemente, hecho éste que no sólo causa perjuicios al solicitante sino a la administración misma. Igualmente, debe concluirse que la administración no se exonera de su responsabilidad de contestar prontamente una petición, cuando la complejidad del asunto, entre otras cosas, le impide pronunciarse en lapso en que está obligado a hacerlo, pues la misma norma exige que debe señalar en qué término dará respuesta y cumplirlo a cabalidad.

Ref.: Expediente T- 48.216

Demandante: Lubín Acosta contra caja de Previsión Social de Santafé de Bogotá.

Procedencia: Juzgado Sesenta Penal del Circuito.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., en sesión de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, a los veinticuatro (24) días del mes de febrero 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, Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre el fallo proferido por el Juzgado Sesenta Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, en el proceso de tutela promovido por Lubín Acosta en contra de la Caja de Previsión Social de Santafé de Bogotá.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado Sesenta Penal de Circuito de Santafé de Bogotá, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El actor, por medio de apoderado, presentó demanda de tutela ante el Juzgado Penal del Circuito (reparto) de Santafé de Bogotá, en contra de la Caja de Previsión Social del Distrito, por las razones que se exponen a continuación:

A. Hechos

1. El actor, a través de apoderado, presentó el 1o. de marzo de 1994, la documentación necesaria para que la Caja de Previsión Social de Santafé de

Bogotá reconociera la pensión de invalidez, como consecuencia de una afección cardíaca que le disminuyó su capacidad laboral en un 76% a 80%, según dictamen médico.

2. Hasta la fecha de presentación de la acción de tutela, agosto 31 de 1994, la entidad acusada no había dado ninguna respuesta al actor.

B. Derechos presuntamente vulnerados

El actor, considera como vulnerados, el derecho de petición y el derecho al pago oportuno de la pensión.

C. Pretensión

Solicita se ordene a la Caja de Previsión Social de esta ciudad, el reconocimiento de la pensión de invalidez a que tiene derecho. Así como su inclusión en nómina y el pago de las sumas que se pudieron causar por ese concepto.

D. Actuación procesal

El Juzgado, una vez asumido el conocimiento de la acción de tutela de la referencia, citó a declarar al demandante; ordenó la notificación del Director de la Caja de Previsión Social del Distrito, a quien le solicitó un informe sobre el estado en que se encontraba la solicitud presentada por la apoderada del demandante, así como una copia del respectivo expediente.

El doctor Enrique Romero Cruz, Jefe de Asuntos Judiciales de la Caja de Previsión de Santafé de Bogotá informó, por medio del oficio número 11, sin fecha, que la solicitud presentada por la apoderada del señor Lubín Acosta, no ha podido ser resuelta a consecuencia del cúmulo de trabajo que tiene la Subgerencia de Prestaciones Económicas de la entidad, y porque las peticiones son decididas en estricto orden de presentación.

Igualmente puso a disposición del juzgado, una copia el expediente administrativo número 132/94, asignado al señor Lubín Acosta.

En la declaración rendida por el señor Lubín Acosta ratificó lo expuesto por su apoderada en el escrito de tutela. Igualmente manifestó no poseer ingreso alguno para subsistir, distinto del que le pueda corresponder por concepto de su pensión de invalidez.

El juzgado ordenó, igualmente, una inspección judicial al expediente asignado al actor, para verificar, entre otras cosas, si al actor se le había notificado alguna actuación; el cúmulo de trabajo de la entidad, etc.

El doctor Juan Hernando Velasco Uribe, Abogado de Asuntos Judiciales de la Caja atendió esta diligencia y entregó al juez, una copia de la circular G-051, de enero 30 de 1992, enviada por la gerencia de la Caja de Previsión del Distrito, a la Dirección de Prestaciones Sociales y Económicas de esa misma entidad, en la que se ordena a la Sección de Kárdex o al Director de la entidad explicar por escrito, a las personas que radiquen solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas, el trámite que se dará a la solicitud y las razones administrativas y financieras que impiden a la entidad resolverla dentro de los quince (15) días siguientes a su radicación, tal como lo ordena el Código Contencioso Administrativo.

E. Sentencia de única instancia

Mediante sentencia del 14 de septiembre de 1994, el Juzgado Sesenta Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, CONCEDIO la tutela solicitada.

En concepto del juzgado de conocimiento, la actuación de la Caja de Previsión del Distrito desconoció ostensiblemente el derecho de petición del actor, porque pasados seis (6) meses desde la presentación de la solicitud de pensión de invalidez, la entidad acusada no había dado ninguna respuesta.

Adicionalmente, el juzgado llama la atención de los funcionarios de la Caja Distrital, por la forma como han aplicado la circular G-051 de 1992, pues según él, los empleados de esa entidad hacen firmar al solicitante, el mismo día en que radica su solicitud, la notificación de la Caja, según la cual, la petición no será resuelta en los quince (15) días siguientes a su presentación, como lo ordena la ley.

Por las razones anteriores, el Juzgado ordenó a la Caja de Previsión del Distrito, que en el término de quince (15) días resuelva la solicitud de pensión de invalidez presentada por el señor Lubín Acosta, so pena de incurrir en las sanciones previstas en la ley. Sin embargo, denegó la pretensión de inclusión en nómina y la de pago de las sumas dejadas de percibir, pues consideró que sobre esos tópicos sólo podía decidir la entidad demandada, al resolver positiva o negativamente la solicitud.

Como el fallo no fue impugnado, se remitió a la Corte, para su eventual revisión.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. - Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir este asunto, en virtud de lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, en concordancia con las normas pertinentes del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. - Breve justificación del fallo.

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." En aplicación de esta norma, en el presente caso, al no configurarse ninguno de los supuestos establecidos en el artículo transcrito, esta Sala se limitará a reiterar la jurisprudencia que en materia de derecho de petición ha proferido esta Corporación, a través de sus distintas salas de tutela, y a analizar el caso en concreto.

Tercera.- El derecho de petición y el término en que deben resolverse las solicitudes

Esta Corporación a través de sus distintas Salas de Revisión, se ha pronunciado sobre el carácter de fundamental del derecho de petición. Igualmente, ha establecido que el núcleo esencial de este derecho está determinado por la pronta respuesta o resolución a lo pedido, respuesta que se entiende dada cuando se resuelve de fondo la cuestión planteada, sin importar si es a favor o en contra de las pretensiones del solicitante y, en la efectiva notificación del acto, a través del cual, la administración resuelve la petición presentada.

En relación con el término que tiene la administración para dar respuesta a las peticiones, la Constitución defirió en el legislador la facultad de fijarlo. Por tanto, es el legislador el encargado de señalar la forma como ha de ejercitarse este derecho y, por supuesto, señalar el término que tienen la administración y, eventualmente, las organizaciones privadas para dar repuesta a las solicitudes elevadas antes ellos, con el fin de garantizar el núcleo esencial de este derecho, cual es, la pronta resolución.

Si bien es cierto que después de la promulgación de la nueva Constitución, no se ha dictado normatividad alguna que desarrolle y regule aspectos esenciales del derecho de petición, sí existe una regulación que fue expedida con anterioridad a su vigencia y que aún rige la materia, pues la expedición de la nueva Carta, no derogó la legislación existente. Así lo determinaron la Corte Suprema de Justicia en su momento y, esta Corporación en reiterados fallos de constitucionalidad.

En este momento, para establecer cuál es el término que tiene la administración para resolver las peticiones que ante ella se presenten, debe acudirse a los preceptos del Código Contencioso Administrativo, al igual que a la Ley 57 de 1984, en lo pertinente.

El artículo 6o. del mencionado código, establece que las peticiones de carácter general o particular, se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Así mismo, prevé que en ese mismo término, la administración debe informar al solicitante, cuando sea del caso, su imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, explicando los motivos y señalando el término en el cual se producirá la contestación. Norma que por lo general no se cumple en ninguna entidad, hecho se traduce en un desconocimiento del derecho de petición.

Si bien la citada norma, no señala cuál es el término que tiene la administración para contestar o resolver el asunto planteado, después de que ha hecho saber al interesado que no podrá hacerlo en el término legal, es obvio que dicho término debe ajustarse a los parámetros de la razonabilidad, razonabilidad que debe consultar no sólo la importancia que el asunto pueda revestir para el solicitante, sino los distintos trámites que debe agotar la administración para resolver adecuadamente la cuestión planteada. Por tanto, ante la ausencia de una norma que señale dicho término, el juez de tutela, en cada caso, tendrá que determinar si el plazo que la administración fijó y empleó para contestar la solicitud, fue razonable, y si se satisfizó el núcleo esencial del derecho de petición: la pronta resolución.

Algunos autores han considerado que el término que tiene la administración para contestar una solicitud, cuando no lo ha podido hacer en el lapso de los quince (15) días señalados en el artículo 6o. del C.C.A, es el término para la configuración del silencio administrativo negativo, es decir, tres (3) meses, pues, transcurrido dicho lapso, se entiende denegada la solicitud, según lo establece el artículo 40 del Código Contencioso. En opinión de la Sala, éste podría ser un criterio que podría tenerse en cuenta, sin embargo, deben analizarse otros factores, como por ejemplo, la complejidad de la solicitud, pues no debe olvidarse que la figura del silencio administrativo negativo, es sólo un mecanismo que el legislador ha puesto al alcance del solicitante, para que sea el juez contencioso quien resuelva de fondo la solicitud que, por el silencio de la administración, se presume denegada. Además, la configuración del silencio administrativo, no exime a la administración de su obligación de resolver la petición.

Con fundamento en lo expuesto, no es válida la conducta de las entidades públicas que, argumentando cúmulo de trabajo, la espera de documentación que no le correspondía aportar al solicitante, e.t.c., retardan injustificadamente una respuesta, pues ello, a todas luces desconoce el derecho de petición. En este punto, es necesario tener en cuenta que el peticionario no debe correr con la negligencia y falta de organización de algunas entidades públicas y de sus funcionarios, quienes amparados en la falta de una norma que imponga términos precisos para resolver, se abstienen de contestar rápida y

diligentemente, hecho éste que no sólo causa perjuicios al solicitante sino a la administración misma.

Igualmente, debe concluirse que la administración no se exonera de su responsabilidad de contestar prontamente una petición, cuando la complejidad del asunto, entre otras cosas, le impide pronunciarse en lapso en que está obligado a hacerlo, pues la misma norma exige que debe señalar en qué término dará respuesta y cumplirlo a cabalidad.

Cuarta.- Análisis del caso concreto

En el presente caso, el señor Lubín Acosta presentó el 1o. de marzo de 1994, ante la Caja de Previsión del Distrito, a través de su apoderada, la solicitud de reconocimiento de su pensión de invalidez. El 16 de marzo, la Dirección de prestaciones económicas de la entidad, notificó personalmente al señor Acosta su imposibilidad de resolver dicha petición, dentro del término señalado por el artículo 6o., del Código Contencioso Administrativo, argumentando el cúmulo de trabajo y la falta de recursos de tesorería para atender el pago. En dicha notificación, se hecha de menos la indicación sobre al fecha en que sería resulta la solicitud. Sólo se advierte que la misma se contestará en orden cronológico y dependiendo de la disponibilidad presupuestal de la entidad.

En concepto de la Sala, si bien la entidad acusada cumplió con el deber de informar al actor sobre las razones que le impedían resolver su solicitud, en el término y la forma que señala el artículo 6o. del C.C.A., ello no la exoneraba de sus obligaciones de señalar la fecha en que contestaría, fijando una fecha razonable, y la de respoder efectivamente. Pues, en el presente caso, pasados casi seis meses desde que se presentó la solicitud, hasta la fecha en que fue interpuesta la acción de tutela, la entidad no había emitido respuesta de ninguna índole, a pesar de haber transcurrido un tiempo más que razonable, para que la entidad se hubiese pronunciado.

Finalmente, la Sala no encontró en el material probatorio allegado al expediente, la razón que tuvo el juez de instancia para llamar la atención a los funcionarios de la Caja de Previsión del Distrito, por la forma como vienen aplicando la circular G- 051 de 1992, pues la notificación que se hizo al actor, sobre las razones que tenía la entidad para no resolver la petición presentada por él, en el término legal, fue hecha el 16 de marzo de 1994, y no el mismo día de la radicación de la documentación, como lo afirmó el juez en su fallo.

Por las razones expuestas, la Sala Primera de la Corte Constitucional confirmará el fallo proferido por el Juzgado Sesenta Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, en el presente caso. Igualmente, se comparten las apreciaciones del fallador de instancia, en relación con la incompetencia del juez de tutela

para pronunciarse sobre aspectos que sólo son del resorte de la administración, tales como el reconocimiento de una pensión o, el ordenar el pago de una suma determinada de dinero, pues ello, como varias veces lo ha sostenido esta Corporación, sería el cogobierno de los jueces, hecho que en sí mismo quebraría la estructura del sistema.

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 Juzgado Sesenta Penal Circuito de Santafé de Bogotá, de fecha catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), por las razones aquí expuestas.

Segundo: Por Secretaría General, REMITANSE el expediente de tutela y este fallo, al Juez sesenta (60) Penal Circuito de Santafé de Bogotá, para los efectos consagrados en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-077
de febrero 28 de 1995

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL - Eficacia / **ACCION DE TUTELA** - Subsidiariedad / **PERJUICIO IRREMEDIABLE** - Extrema necesidad

Es improcedente la acción de tutela cuando hay otro mecanismo de defensa judicial y no se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Se está en presencia de éste cuando, de no tutelarse el derecho vulnerado o amenazado, hay inminencia de un mal irreversible, injustificado y grave, que coloque al peticionario en un estado de necesidad, que amerita la urgencia de la acción. La necesidad, a su vez, debe ser evidente o evidenciable, y además extrema, de suerte que sea razonable pensar en la gran probabilidad -no en la mera posibilidad- de sufrir un daño irreparable y grave. No cualquier necesidad amerita, pues, la acción de tutela, ni cualquier inminencia de daño, ya que se requieren las características de extremidad en cuanto a la necesidad y de gravedad en cuanto al daño. El extremo es el máximo o mínimo, según el caso, de un ente; en otras palabras, es el punto primero de un límite inicial o el último punto de un límite terminal. La gravedad implica una magnitud de tal proporción, que amenaza la destrucción del núcleo esencial de una entidad, en nuestro caso de un derecho fundamental. Ahora bien, la extrema necesidad puede describirse como aquella situación adversa y padecida por un sujeto, que lo coloca en el límite de lo soportable, y amenaza con vulnerar el núcleo esencial -o con aumentar o prolongar la lesión- de uno o más derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA - Gravedad del daño

En cuanto a la gravedad del daño, tienen que concurrir los aspectos objetivo y subjetivo; el objetivo depende del daño en el objeto jurídico protegido y el subjetivo de la incidencia sobre el sujeto. En torno al daño objetivo, debe ser tal, que afecte, como se ha dicho, el núcleo esencial del derecho fundamental. El aspecto subjetivo es cuando se afecta al sujeto en grado sumo, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, de manera que éste se priva de un bien esencial para su existencia.

ACCION DE TUTELA - Requisitos para la protección inmediata

Para que sea viable la acción de tutela, debe existir una situación que justifique la protección inmediata de los derechos fundamentales, a saber: no haber otro medio de defensa judicial, vulneración o amenaza del núcleo esencial del derecho fundamental, de manera cierta y grave, o que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

INCIDENTE DE RESTITUCION DE LA POSESION / DERECHO DE POSESION

Cursa un incidente de restitución de la posesión, en virtud del parágrafo 4o. del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil. Luego no puede proceder la acción de tutela, no sólo porque existe otro mecanismo de defensa judicial, sino porque no puede el juez de tutela interferir la legitimidad de un incidente en curso, lo cual sería un contrasentido evidente.

Ref.: Expediente No. T-49138

Peticionario: Víctor Hugo Forero, Rubiela Ruiz, Jesús Quiroga, Misael Burgos, Daniel Alfredo Cajamarca y Myriam Vanegas.

Procedencia: Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Tema: *Derecho de posesión. Improcedencia de la acción, por existir un incidente en curso.*

Santafé de Bogotá, D.C. veintiocho (28) de febrero 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,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T- 49138, adelantado por los ciudadanos Víctor Hugo Forero, Rubiela Ruiz, Jesús Quiroga, Misael Bur-

gos, Daniel Alfredo Cajamarca y Myriam Vanegas, en contra del Juzgado 22 Civil Municipal y la Inspección 7A de Policía de Santafé de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió para efectos 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 procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

Los ciudadanos Víctor Hugo Forero, Rubiela Ruiz, Jesús Quiroga, Misael Burgos, Daniel Alfredo Cajamarca y Myriam Vanegas, interpusieron ante el Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, acción de tutela en contra del Juzgado 22 Civil Municipal y la Inspección 7A de Policía de Santafé de Bogotá D.C, con el fin de que se les ampararan sus derechos al trabajo y a la posesión, consagrados en los artículos 25 y 58 de la Constitución Política.

Como medida provisional solicitaron que se ordenara a la Inspección 7A Distrital de Policía que se abstuviese de practicar la diligencia de desalojo del inmueble ubicado en la Autopista sur No. 84-32, 84-36 y 84-30 de la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., ordenada para el día 17 de septiembre de 1994.

2. Hechos

Afirman los accionantes que el día 21 de julio de 1994, el señor Víctor Hugo Forero Montien y la señorita Rubiela Ruiz Pulido, en virtud de un contrato de promesa de compraventa, recibieron de manera real y material la posesión que ejercía el señor Laurentino Niño Camargo sobre el inmueble ubicado en la Zona de Bosa, identificado con los números 84-30, 84-32 y 84-36 de la Autopista Sur, y que la compraventa se perfeccionó el día 24 de agosto de 3 ese mismo año, mediante escritura pública No. 2411 de la Notaría 43 del Círculo de Santafé de Bogotá.

Manifiestan que los señores Jesús Quiroga, Misael Burgos, Daniel Alfredo Cajamarca y la señora Myriam Vanegas, suscribieron un contrato de arrendamiento con los nuevos poseedores del mencionado inmueble, en virtud del cual instalaron una floristería, unos viveros y un local destinado a la venta de materiales de construcción, negocios de los cuales obtienen su sustento económico.

Según los peticionarios, el día 12 de septiembre de 1994, el Inspector 7A Distrital de Policía, comisionado por el Juzgado 22 Civil Municipal de Santafé de Bogotá D.C., llegó al inmueble que ellos ocupan, con el fin de practicar una diligencia de desalojo. "Ante esto -afirman los accionantes- nosotros manifestamos que éramos arrendatarios del señor VICTOR HUGO FORERO, quien era el señor que había comprado la posesión al antiguo dueño Laurentino Niño; y como bien pudo observar el Inspector 7A, en razón de tener contrato de arrendamiento de locales comerciales, no nos reconocieron la calidad de tenedores a nombre del poseedor, y solamente obtuvimos respuesta de que el sábado 17 de septiembre, teníamos que desocupar; siendo así no quisimos firmar la diligencia"

3. Pretensiones

Solicitan los peticionarios que se tutelen sus derechos a la posesión y al trabajo, hasta tanto el Juzgado 22 Civil Municipal de Santafé de Bogotá resuelva el incidente presentado, "en el cual se debatirá la posesión, que no se pudo acreditar en su momento procesal y teniendo en cuenta que el cincuenta por ciento (50%) del cual se exige la entrega en el comisorio, no se alinderó."

III. ACTUACION PROCESAL

1. Unica instancia

Mediante auto de fecha 16 de septiembre de 1994, el Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá resolvió suspender la diligencia de entrega programada para el día 17 de septiembre de 1994 y ordenó a los peticionarios que aportaran los documentos que anunciaron en el escrito de tutela.

Obran en el expediente las pruebas que a continuación se relacionan:

a. Sentencia de fecha 30 de noviembre de 1993.

Mediante dicha providencia el Juzgado 22 Civil Municipal de Santafé de Bogotá resolvió declarar terminado el contrato de arrendamiento suscrito entre el señor Pedro Ignacio Rivera, en condición de arrendador, y el señor Laurentino Niño en condición de arrendatario, referente al inmueble situado en la Autopista Sur, entre las edificaciones correspondientes a las empresas Carboquímica y Colinagro, entre las calles 84 y 85 sur "el cual no cuenta con nomenclatura oficial."

Además se ordenó al señor Laurentino Niño la restitución del citado inmueble, en una proporción del cincuenta por ciento (50%), de acuerdo con

los términos del contrato de arrendamiento, pero no se alinderó la porción del inmueble que deba restituirse.

b. Copia del Acta de la Diligencia de restitución del inmueble practicada el día 12 de septiembre de 1994 por la Inspección 7A Distrital de Policía.

En dicha diligencia el inspector de policía se trasladó al inmueble atrás señalado y luego de hacer el reconocimiento de los linderos se ordenó la suspensión de la diligencia, la cual se reanudaría el día 17 de septiembre de ese año. En el transcurso de la diligencia se oyó el testimonio de Uriel Gustavo Rodríguez, Jesús Quiroga y Myriam Vanegas; estos dos últimos se negaron a firmar el acta levantada. El Inspector 7A de Policía advirtió a las personas que atendieron la diligencia que, para que el día en que se continuara la diligencia, desalojaran el inmueble.

c. Fotocopia de la Escritura Pública No. 2411 de 24 de agosto de 1993 de la Notaría 43 del Círculo de Santafé de Bogotá.

Dicha escritura contiene el contrato de compraventa celebrado entre el señor Laurentino Niño y Víctor Hugo Forero y Rubiela Ruiz, mediante el cual el primero transfirió sus derechos de posesión sobre el inmueble ubicado en la Autopista Sur, entre las edificaciones correspondientes a las empresas Carboquímica y Colinagro, entre las calles 84 y 85 sur.

En dicha escritura se da fe de que el derecho de posesión fue adquirido por el vendedor por ejercicio de la misma, con ánimo de señor y dueño, desde hace mas de veintidós años, hecho del cual dieron testimonio los señores Luis Vargas, Juan de Dios Osorio, Antonio Ardila y Nicolás Marroquín, según consta en declaraciones extraproceso que allí mismo se protocolizaron.

d. Fotocopia del contrato mediante el cual Laurentino Niño cedió a Víctor Hugo Forero y Rubiela Ruiz, los contratos de arrendamiento que había suscrito con los señores Misael Burgos, Pedro A. Rojas Jesús Quiroga y Daniel Alfredo Cajamarca.

e. Sendas fotocopias de los contratos de arrendamiento suscritos entre los señores Víctor Hugo Forero, en su condición de arrendador, y los señores Misael Burgos y Jesús Quiroga, en condición de arrendatarios

f. Copia del memorial de fecha 14 de septiembre de 1994.

En dicho memorial la apoderada del señor Víctor Hugo Forero y la señora Rubiela Ruiz propuso ante el Juzgado 22 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, un incidente de restitución de la posesión del inmueble objeto del litigio, al tercero poseedor, previsto en el parágrafo 4o. del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil.

2. La decisión

Mediante providencia de fecha veintiséis (26) de septiembre de 1994, el Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá resolvió negar la tutela solicitada por los actores y manifestó que "sobre la SUSPENSION PROVISIONAL decretada se resolverá oportunamente una vez se resuelva lo concerniente a la revisión por parte de la Corte Constitucional"

El *a-quo* consideró que la acción de tutela resulta improcedente, ya que los actores cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para proteger sus derechos fundamentales, cual es iniciar el trámite previsto en el parágrafo 4o. del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil para la restitución de la posesión, trámite este que fue iniciado por los propios peticionarios, según copia del memorial pertinente presentado ante el Juzgado 22 Civil Municipal de Santafé de Bogotá D.C. "En este orden de ideas -sostiene el fallo en comento- no es admisible pretender tras la tutela una decisión que sólo se alcanzará en el trámite incidental propiamente dicho. Aceptar la postura de los interesados implicaría obviar los procedimientos claramente establecidos en la ley, sin haber sido ello lo pretendido por el constituyente de 1991 al entronizar ésta nueva institución."

IV. 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. Carácter subsidiario de la acción de tutela

Es razonable que la acción de tutela tenga un carácter subsidiario, porque no puede convertirse en una instancia jurídica paralela de la jurisdicción ordinaria. Así lo previó el constituyente, y no hay principio justificativo para convertirlo en una negación de la jurisdicción ordinaria, puesto que la unidad jurídica es una exigencia lógica; en otras palabras, no admite yuxtaposición, sino coexistencia armónica.

La razón de ser de la acción de tutela es la protección inmediata de un derecho fundamental amenazado o conculcado por la autoridad y, en algunos eventos, por los particulares, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, o que existiendo éste, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Conviene, pues, examinar la filosofía de la acción de tutela, con el fin de elucidar la presente controversia, en torno a si procede o no la acción en el caso concreto.

El artículo 86 superior estipula, en primer lugar, que *toda persona tendrá acción de tutela;* con esto se declara la universalidad de la acción de tutela como derecho. En efecto, la tutela es un derecho universal, y ello por el fin que persigue, cual es, según el artículo superior citado, "la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales". Sin embargo, hay una oportunidad para incoarla "cuando quiera que éstos (los derechos) resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública". El medio apto para ello es "un procedimiento preferente y sumario". Procedimiento *preferente,* no significa la suplantación de la jurisdicción ordinaria, sino la coherencia y adecuación a la protección inmediata. Esa urgencia ante la inminencia exige, obviamente, que el procedimiento sea sumario, ya que no tendría sentido la inmediatez de la protección, si ésta se hiciera a través de un medio que, eventualmente, fuera susceptible de dilaciones y de formalidades que impidieran la proporcionalidad entre la situación de urgencia dada y la protección inmediata requerida.

Así las cosas, es improcedente la acción de tutela cuando hay otro mecanismo de defensa judicial y no se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Se está en presencia de éste cuando, de no tutelarse el derecho vulnerado o amenazado, hay inminencia de un mal irreversible, injustificado y grave, que coloque al peticionario en un estado de necesidad, que amerita la urgencia de la acción. La necesidad, a su vez, debe ser evidente o evidenciable, y además extrema, de suerte que sea razonable pensar en la gran probabilidad -no en la mera posibilidad- de sufrir un daño irreparable y grave. No cualquier necesidad amerita, pues, la acción de tutela, ni cualquier inminencia de daño, ya que se requieren las características de extremidad en cuanto a la necesidad y de gravedad en cuanto al daño. El extremo es el máximo o mínimo, según el caso, de un ente; en otras palabras, es el punto primero de un límite inicial o el último punto de un límite terminal. La gravedad implica una magnitud de tal proporción, que amenaza la destrucción del núcleo esencial de una entidad, en nuestro caso de un derecho fundamental. Ahora bien, la extrema necesidad puede describirse como aquella situación adversa y padecida por un sujeto, que lo coloca en el límite de lo soportable, y amenaza con vulnerar el núcleo esencial -o con aumentar o prolongar la lesión- de uno o más derechos fundamentales. Entonces la extrema necesidad, de continuar, hace que para el ser humano que lo padece, la situación se torne en irresistible. Ello justifica la acción inmediata del Estado en favor del necesitado. La extrema necesidad es en última instancia la negación del derecho a una vida digna.

En cuanto a la gravedad del daño, tienen que concurrir los aspectos *objetivo* y *subjetivo;* el objetivo depende del daño en el objeto jurídico protegido y el subjetivo de la incidencia sobre el sujeto. En torno al daño objetivo, debe ser tal, que afecte, como se ha dicho, el núcleo esencial del derecho fundamental. El aspecto subjetivo es cuando se afecta al sujeto en grado sumo, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, de manera que éste se priva de un bien esencial para su existencia.

Luego para que sea viable la acción de tutela, debe existir una situación que justifique la protección inmediata de los derechos fundamentales, a saber: no haber otro medio de defensa judicial, vulneración o amenaza del núcleo esencial del derecho fundamental, de manera cierta y grave, o que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. El caso concreto

En el expediente consta que cursa un incidente de restitución de la posesión, en virtud del parágrafo 4o. del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil. Luego no puede proceder la acción de tutela, no sólo porque existe otro mecanismo de defensa judicial, sino porque no puede el juez de tutela interferir la legitimidad de un incidente en curso, lo cual sería un contrasentido evidente. Por otro lado, la Sala no encuentra viabilidad para invocar la acción como mecanismo transitorio, por cuanto no se configura el perjuicio irremediable. Es por lo anterior que la Sala procederá a confirmar el fallo del Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, en el sentido de denegar la tutela en este caso concreto.

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: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá el día veintiseis (26) de septiembre de 1994.

Cópiese, notifíquese, insértese 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-078
de febrero 28 de 1995

DERECHO AL CUIDADO Y AL AMOR / MENOR ADOPTADO

Si como ahora lo sostiene la accionante, tiene interés en guardar a su hijo, resulta en este momento evidente el descuido anterior. Las circunstancias actuales del menor adoptado por una familia extranjera luego de un proceso legalmente adelantado, en el que se miran las calidades de los padres, su estructura psicológica y moral, su capacidad económica, que proporcionan al niño un ambiente familiar y un entorno que le permita un adecuado desarrollo, que contrasta con el estado de desprotección, con malas condiciones para su subsistencia, sin afecto estable, no dejan duda sobre la necesidad de ampararlo en su bienestar. El artículo 44 de la Carta Política obliga a tratar al niño de manera preferente, en sus intereses, a fin de suministrarle un ambiente que ampare su vida, su integridad física, la salud, su seguridad social, una alimentación equilibrada, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y en especial el derecho a "tener una familia".

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

La CP establece un trato prevalente a los derechos de los niños, de manera que, no obstante el sentimiento materno, en este caso es obligado para la Sala amparar los derechos del menor. Especial consideración hace la Sala sobre la legalidad del proceso administrativo de declaración de abandono y el proceso judicial de adopción que sobrevino. De donde no se puede colegir violación alguna por parte del ICBF, contra los derechos fundamentales de la demandante.

Ref.: Expediente No. T-50135

Peticionario: Olga Vera

Magistrados Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas No. Ocho, integrada por los H. Magistrados Jorge Arango Mejía, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, se pronuncia sobre la acción de la referencia en el grado jurisdiccional de revisión, teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES

La señora Olga Vera en ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada legalmente en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, formuló demanda contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Tame-Arauca, para que previo el trámite correspondiente le sea devuelto su hijo, con fundamento en los hechos y razones siguientes:

- Que es madre soltera y tiene tres hijos. El menor, Jerson Alirio, que no fue reconocido por el padre.

- Que a su hijo Jerson Alirio, para poder trabajar, lo dejaba al cuidado de la señora Belén Chiquillo, a quien le pagaba cincuenta mil pesos mensuales.

- Que hace dos años apróximadamente la señora Belén Chiquillo salió un momento de la casa a comprar algo y los funcionarios del I.C.B.F. se llevaron al menor.

- Que una funcionaria del I.C.B.F. la hizo firmar un papel cuyo contenido desconocía, después se le informó que estaba dando a su hijo en adopción. Indica que fue retenida durante ocho días por abandono del menor, pero pagó una multa de $50.000 para lograr su libertad y le "dieron al pueblo por cárcel" y no la volvieron a llamar.

- Que el niño estaba bien cuidado, pues todos los días lo veía.

- Que se queja después de tanto tiempo porque estaba "humillada".

- ¿Sacar a un menor de una casa sin previo consentimiento de la persona responsable, no es un secuestro?. ¿Constituye abandono de un hijo el hecho de buscar una persona que lo cuide por cuestiones de trabajo?.

LA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Promiscuo Municipal de Tame, mediante sentencia de veintiséis (26) de septiembre de 1994, decide la acción de la referencia y resuelve:

"negar por improcedente la acción de tutela, presentada por la señora Olga Vera en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de esta localidad", previas las siguientes consideraciones:

- Que "no se entiende cómo la peticionaria dejó transcurrir tanto tiempo para interponer esta acción, argumentando que estaba intimidada, cuando su deber era poner en conocimiento de la autoridad respectiva. El camino a seguir era acudir ante las autoridades ordinarias (Fiscalías y/o Juzgado) y contar la situación, pero no lo hizo", lo que significa que existían otros medios de defensa judicial.

- Que no prospera la acción como mecanismo transitorio, puesto que el supuesto perjuicio no tiene el carácter de irremediable.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Competencia

La Corporación es competente para conocer de esta revisión, de conformidad con lo establecido en el inciso 2o. del artículo 86 y el numeral 9o. del artículo 241, ambos de la Carta Política, desarrollados en los artículos 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

La Materia

El caso en examen comprende la valoración de un conjunto de hechos que vienen a incidir sobre la legalidad de la declaración de abandono, el proceso de adopción, y el eventual amparo de un derecho fundamental en cabeza de la madre del menor.

Del expediente se colige que el menor Jerson Alirio Vera fue entregado por su madre a la señora Ana Belén Chiquillo para que lo cuidara, pues ella trabajaba. La señora Ana Belén Chiquillo acudió con su esposo ante el ICBF, Centro Zonal de Tame, el día 26 de octubre de 1992 con el fin de legalizar la situación del menor de cinco meses de edad, ya que la madre manifestó su intención de regalárselo. Al comprobar el difícil procedimiento que debían cumplir, los Solorza Chiquillo desisten de la intención de adoptar al niño.

El día 19 de noviembre de 1992 la señora Olga Vera se presentó ante el ICBF y manifestó que quería entregar a su hijo en adopción, por tal motivo se levantó un acta, indicándole el derecho al retracto que le asistía dentro de los treinta días siguientes. El menor fue dejado en el hogar de la Familia Solorza Chiquillo, con seguimiento permanente por parte de funcionarios del ICBF, quienes encontraron al niño en malas condiciones ambientales e higiénicas.

El 14 de diciembre de 1992 el niño fue trasladado a un hogar sustituto y se procedió por parte de la defensora de familia a abrir la investigación de la protección en favor del menor. El 16 de diciembre del mismo año la madre se presentó a retractarse del consentimiento otorgado para la adopción del niño, pero se le informó que su hijo se encontraba bajo protección en un hogar sustituto.

Dentro del proceso administrativo de protección se ordenó citar a la señora Olga Vera, a través de mensajes radiales, con el fin de que asumiera el cuidado del niño o hiciera valer sus derechos, pero nadie se presentó, por lo cual se determinó, mediante la resolución No. 12 de agosto 27 de 1993, declararlo en abandono y decretar como medida definitiva la adopción, resolución que fue notificada por edicto, pues se desconocía el paradero de la señora Olga Vera, y contra la cual no se interpuso recurso alguno.

El 20 de abril de 1994 se ordena el traslado del niño a Bogotá para ser dado en adopción. Finalmente, el 19 de mayo de 1994 el menor fue dado en adopción conjunta a una pareja de nacionalidad francesa, mediante la sentencia proferida por el Juzgado Catorce (14) de Familia de Santafé de Bogotá.

Como se puede apreciar, la madre, durante este período de aproximados dos años, no suministró al menor ni la atención económica, ni el cuidado, ni el amor que éste requiere para su normal desarrollo. Se aprecia igualmente que la madre no hizo durante ese período ningún tipo de diligencias orientadas a vivir con su hijo, a fin de suministrarle en el plano material y emocional los bienes a que está obligada.

A este respecto ha sostenido esta Corte Constitucional, lo siguiente:

"El artículo 44 de la Carta Política reconoce como derecho fundamental de los niños entre otros, "el cuidado y amor". Es la primera vez que en una Constitución colombiana se le da al amor el tratamiento de objeto jurídico protegido. Obviamente los primeros obligados a dar amor al niño son sus padres, de suerte que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se está cumpliendo, propiamente, la maternidad. De esta manera, todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. Entonces, si un padre o una madre incumplen con su obligación constitucional, no sólo están incurriendo en actitud injusta, sino que no están desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la actitud debida conforme a derecho.

"La maternidad está reconocida por el orden jurídico internacional como derecho humano, y, por tanto, se protege en todas las situaciones. Pero no es un derecho absoluto, porque se encuentra, como todo derecho, limitado, en

este caso, por los derechos del mismo hijo y por el orden social justo. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25, numeral segundo, estipula:

'La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

"Sobre el contenido de este texto es conveniente hacer las siguientes precisiones: en primer término, la maternidad es protegida con el derecho a cuidados especiales en virtud del bienestar del menor y, por extensión, en función de la madre, para que ésta pueda llevar a cabo su misión de solidaridad natural. En segundo lugar, como la maternidad está para la protección del infante, se deduce que éste tiene derecho a una madre que lo asista. Tercero, la madre tiene derecho a la conservación de su *status* -siempre y cuando cumpla con el deber de amor hacia su hijo, pues la esencia de la filiación es el amor-, es decir, tiene el derecho a realizar sus funciones, y en atención a dichas funciones, y al amor, a mantener el vínculo jurídico y afectivo con su hijo. Y, finalmente, se protege por igual a la maternidad dentro del matrimonio, como a la que se presenta por fuera de la relación matrimonial, con base en el trato igual debido tanto a las madres como a los niños.

"2.2 El deber de recepción de los padres

"..."Ahora bien, dentro de las obligaciones de no hacer de los padres, se destacan las de no abandono y no agresión. En torno a la primera, hay que decir que no se refiere solamente al abandono físico, sino también al moral y al espiritual, por cuanto el hombre es una unidad vital que comprende potencias físicas (relativas al cuerpo), morales (relativas a sus virtudes y valores) y espirituales (relativas al cultivo de la intelectualidad y a su actitud trascendente). En cuanto a la no agresión, significa que el deber de corrección tiene un límite en el derecho a la vida (prohibición del aborto) y en el derecho a la integridad física, moral y espiritual del menor.

"En conclusión, para esta Sala la maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un **status** tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el **status** de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad." (Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-339 de 21 de julio de 1994. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

De otra parte, si como ahora lo sostiene la accionante, tiene interés en guardar a su hijo, resulta en este momento evidente el descuido anterior. Las circunstancias actuales del menor adoptado por una familia extranjera luego de un proceso legalmente adelantado, en el que se miran las calidades de los padres, su estructura psicológica y moral, su capacidad económica, que proporcionan al niño un ambiente familiar y un entorno que le permita un adecuado desarrollo, que contrasta con el estado de desprotección, con malas condiciones para su subsistencia, sin afecto estable, no dejan duda sobre la necesidad de ampararlo en su bienestar.

En efecto, el artículo 44 de la Carta Política obliga a tratar al niño de manera preferente, en sus intereses, a fin de suministrarle un ambiente que ampare su vida, su integridad física, la salud, su seguridad social, una alimentación equilibrada, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y en especial el derecho a "tener una familia".

No escapan a la Corte las especiales condiciones de la madre consanguínea, quien se debate en circunstancias de desprotección social; y, quien revela además una inestabilidad en el plano afectivo, que se refleja incluso hacia su propio hijo consanguíneo.

La Constitución Política establece un trato prevalente a los derechos de los niños, de manera que, no obstante el sentimiento materno, en este caso es obligado para la Sala amparar los derechos del menor. Especial consideración hace la Sala sobre la legalidad del proceso administrativo de declaración de abandono y el proceso judicial de adopción que sobrevino. De donde no se puede colegir violación alguna por parte del ICBF de Tame-Arauca, contra los derechos fundamentales de la demandante.

En la demanda no se observa con claridad qué derecho fundamental considera la madre que se ha violado. Salvo alguna deducción que pudiera considerar una violación al debido proceso administrativo o judicial que no se observa en el acervo probatorio, no existe violación de otro derecho fundamental en cuyo análisis deba detenerse la Sala.

Igualmente se puntualiza que la actora no adelantó intervenciones judiciales ni administrativas encaminadas a la recuperación de su hijo consanguíneo.

Previas las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia proferida por el juzgado promiscuo municipal de Tame el 26 de septiembre de 1994, en el asunto de la referencia.

Segundo.- Notificar la presente resolución en los términos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifí quese, publíquese e insértese en la Gaceta Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-079
de febrero 28 de 1995

PRINCIPIO TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL - Término de comparación

Cuando un trabajador considere que no se le ha dado un tratamiento igual, debe aportar el término de comparación que permita deducir el trato desigual. Y el patrono tiene que demostrar que el trato diferente es razonable y objetivo y no limitarse a opinar que unos trabajadores son más eficaces que otros. Hay que buscar el equilibrio entre igualdad, la protección al trabajo y la libertad de empresa. Por eso, la natural aspiración de lograr una política salarial para la productividad no debe servir de disculpa para restringir la negociación colectiva, ni para golpear las organizaciones sindicales, ni mucho menos para deshumanizar el trabajo porque uno de los principios fundamentales de la Constitución del 91 es el respeto a la DIGNIDAD.

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS NORMAS LABORALES - Carga de la prueba

Quienes tienen la carga de probar la inexistencia de la desigualdad o la razonabilidad y objetividad del trato diferente son los empleadores a quienes se les imputa la violación al principio de igualdad. El afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación.

PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES - Aplicación Inmediata / **PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**

El artículo 2º de la Constitución señala como uno de los fines esenciales del Estado: "Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución". Esos principios corren por todo el cuerpo de la Ley de leyes, integrando, interpretando y criticando aún el mismo ordenamiento constitucional porque sus disposiciones deben ser leídas de acuerdo

con esos PRINCIPIOS. Sólo así se acata en su integridad la supremacía de la Constitución (art. 4º ibidem). Los principios mínimos fundamentos del trabajo del artículo 53 son VINCULANTES aún cuando no se haya dictado la ley que lo desarrolla. Es que los valores y principios que se encuentran en la Constitución son obligatorias para el intérprete. Lo anterior implica que para interpretar una Constitución de principios y valores materiales, como la de 1991 hay que adoptar, de entre los métodos interpretativos, el argumento axiológico -evaluación de valores- para concretar sus claúsulas abiertas. Por supuesto que no hay que confundir los principios constitucionales con los principios generales del derecho. Estos últimos son criterios auxiliares de la actividad jurídica (art 230 C.P.), mientras que los primeros encuentran su sustento en la propia Carta Fundamental.

SALARIO - Nivelación

Los petentes tienen la vía ordinaria, ante los jueces laborales, para formular sus reclamaciones de A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL, demostrando el término de comparación y correspondiendo al patrono probar que el trato desigual se justifica razonablemente.

Ref: Expedientes T-50209 - 50213 (acumulados)

Peticionarios: César Lozada y José I. Contreras.

Procedencia: Juzgados 8º y 3º Laboral de Santafé de Bogotá

Temas:

- A trabajo igual salario igual.

- Término de comparación para la igualdad: esta prueba la aporta el trabajador.

- Al empleador le corresponde demostrar que razonable y objetivamente puede darse un trato diferente.

- Vía adecuada para reclamar la nivelación salarial.

- Aplicación inmediata de los principios constitucionales y su diferencia con los principios generales del derecho.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santafé de Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, compuesta 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 la siguiente

SENTENCIA

En los procesos de tutela identificados con los números de radicación T-50209 y T-50213, de César Lozada y José I. Contreras.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto Nº 2591 de 1991, la Sala de Selección de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, las acciones de tutela de la referencia. Inicialmente estos dos expedientes fueron acumulados al T-47604, pero se estimó que no era pertinente tal acumulación y que sí era posible acumular los números T-50209 y T-50213 entre sí por referirse al mismo aspecto jurídico, tener la misma causa, las mismas pruebas y ser ambas tutelas dirigidas contra la misma persona jurídica: CAFAM.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto Nº 2591, esta Sala de Revisión de la Corte entra a dictar sentencia.

A. Solicitudes

1.1. César Augusto Lozada Latorre y José Ignacio Contreras Ballén, laboran en la Caja de Compensación Familiar CAFAM en los cargos de "rellenador" y "auxiliar de bodega" respectivamente.

Ambos tienen una intensidad horaria de 240 horas al mes y pertenecen a grupos de trabajadores que en número de 418 desempeñan el oficio de "rellenador" y de 146 el de "auxiliar de bodega".

1.2. En 1993 el sueldo básico de los "rellenadores" oscilaba entre $62.500 mensuales y $182.700,oo. En el citado año el suelo mensual de los "auxiliares de bodega" iba de $81.500,oo a $180.100,oo. En esa escala de sueldos básicos había 22 rubros diferentes, es decir, para un mismo cargo había 22 salarios básicos distintos.

En 1993, los dos petentes, en virtud del Pacto Colectivo obtuvieron un incremento salarial que significó para César Augusto Lozada: $141.500.oo de sueldo básico mensual, y, para José Ignacio Contreras: $137.000.oo.

2.1. A mediados de 1993 se conformó SINALTRACAF, organización sindical de la cual son integrantes Lozada y Contreras. Se firmó Convención Colectiva en 1994 y a partir del 1º de enero de tal año se convino por la cláusula 7ª un incremento salarial igual a la variación del I.P.C. (índice de precios al consumidor). El Pacto Colectivo, para los no sindicalizados, establecía también un aumento salarial semejante: el equivalente al I.P.C. (cláusula 5ª). Se repite: ya había una gama de salarios, para el mismo puesto, desde **antes de existir el sindicato y antes de firmarse la Convención Colectiva.**

2.2. A partir del **primero de enero de 1994** debería haber operado el idéntico aumento salarial acordado tanto en el Pacto como en la Convención, sin embargo, hubo una bifurcación en el incremento, a unos trabajadores se les aumentó más que al resto de asalariados. Por ejemplo:

Quienes en 1993 recibían	A partir de 1994 hubo dos sueldos básicos:
78.400,oo	135.200,oo 136.100,oo
81.500,oo	135.200,oo 136.100,oo
97.600,oo	119.658,oo 176.100,oo
109.700,oo	134.492,oo 136.100,oo
113.100,oo	136.100,oo 140.800,oo
126.400,oo	154.966,oo 156.800,oo
137.000,oo	167.962,oo 169.900,oo
141.500,oo	173.479,oo 176.100,oo
142.000,oo	174.092,oo 176.100,oo

154.000,oo	188.804,oo 191.000,oo
167.400,oo	205.232,oo 207.600,oo

Los anteriores datos permiten ver el aumento desigual a salarios que ya de por sí eran desiguales aunque corresponden a trabajadores con igual cargo.

Si se toma uno de esos guarismos: $141.500,oo (que corresponde al salario básico de Augusto Lozada en 1993), se comprueba que el aumento que se le hizo es exactamente la suma del sueldo anterior ($141.500,oo) + I.P.C. (22.60% o sea $31.979,oo) = $173.479,oo; sin emabrgo, a otros se les aumentó a $176.100,oo.

3.1. El problema que se plantea *NO* es pues el de si se aplica el Pacto en vez de la Convención como equivocadamente lo enfoca una de las sentencias del Tribunal, ni el de incumplimiento del Pacto o de la Convención, sino la trascendencia jurídica que pueda tener la decisión unilateral del patrono de superar lo acordado tanto en Pacto como en Convención, en beneficio de una parte de los trabajadores y no de todos.

3.2. Los petentes consideran que esa discriminación se motivó en el propósito patronal de perjudicar a los trabajadores que recién habían conformado el sindicato, de ahí que la petición sea:

"que se obligue a la Caja de Compensación Familiar CAFAM, a pagarnos un salario igual a los trabajadores no sindicalizados.

En honor a la verdad, se impone analizar si la presunta persecución sindical es la causa única de la escala de salarios para labores aparentemente idénticas:

El sindicato se creó durante 1993 y su Convención colectiva se firmó en 1994, luego ***la inicial discrepancia de sueldos***, ya existía desde antes de 1993 y no pudo tener como causa el hecho de la creación del sindicato. Habrá que averiguar si el AUMENTO para 1994, fue motivado porque se creó el sindicato; en verdad, los petentes presentaron las solicitudes de tutela alegando que el aumento en 1994 por encima de lo acordado en la Convención y en el Pacto fue para los trabajadores no sindicalizados mientras que para los integrantes del sindicato se les limitó el aumento a lo pactado: IPC. En la nómina consta:

El trabajador Lozada ganaba $141.500,oo en 1993 y a partir del 1º de enero de 1994 el salario ascendió a $173.500,oo.

En esa misma situación están 49 "rellenadores" sindicalizados y 30 "rellenadores" no sindicalizados.

A su vez, otros "rellenadores" que ganaban $141.500,oo en 1993 pasaron a ganar $176.800,oo en enero de 1994. Esto es cierto, pero hay favorecidos con el aumento tanto sindicalizados (6) como no sindicalizados (66).

En cuanto al auxiliar de bodega Contreras, la situación es esta: de $137.000,oo en 1993 subió a $167.962,oo en 1994, en la misma situación quedaron 2 auxiliares de bodega no sindicalizados y 6 sindicalizados. Y, otros que pasaron de $137.000,oo a $169.900,oo corresponden a 21 trabajadores no sindicalizados y a 6 sindicalizados.

B. Pruebas aportadas

a) En ***constancias*** que obran en los expedientes se indica el diferente valor que hay entre la asignación mensual y el sueldo promedio. Esto permite concluir que la escala a la cual se hizo referencia existe en la asignación mensual, y, esa asignación mensual es la que aparece en el listado general agregado a los procesos.

Otra cosa muy distinta es el sueldo promedio, el cual no se ha tenido en cuenta en el cuadro hecho al principio de esta sentencia y no tiene importancia para esta tutela porque como es sabido un salario promedio responde a factores adicionales que integran el salario: horas extras, dominicales, etc.

Según las constancias César Augusto Lozada, en 1994 recibía:

- Asignación mensual: $173.479,oo

- Sueldo promedio: $216.848,oo

En el caso de José Ignacio Contreras, en 1994:

- Asignación mensual: $167.962,ooSueldo promedio: $209.952,oo

b) Se adjuntaron ***Convención Colectiva y Pacto Colectivo***. Tanto en éste como en aquélla se dice textualmente que los incrementos del SALARIO BASICO se harán "teniendo en cuenta como base la variación en el índice de precios al consumidor total nacional (I.P.C.)", que, se repite, para el caso que se estudia fue 22.60%.

c) Se adjuntó el ***listado*** de la totalidad de los trabajadores que laboran como "rellenadores" y como "auxiliares de bodega" indicándose el sueldo básico a partir del 1º de enero de 1994 y el sueldo anterior. De este documen-

to se tomaron los datos para deducir que antes de formarse el Sindicato ya existía una gran variedad de salarios para los mismos oficios, y que, después de reconocido SINALTRACAF creció la gama salarial porque se estableció el sistema de bifurcar la mayoría de los anteriores sueldos básicos (por ello ahora hay más de treinta).

Es palpable este sistema de bifurcación en los casos de las personas que interpusieron la tutela:

- César Augusto Lozada en 1993, al igual que 151 "rellenadores" ganaban $141.500,oo; a partir de 1994 ese grupo se dividió así:

79 pasaron a ganar $173.479,oo (entre ellos Lozada y otros)

72 recibieron mayor sueldo básico: $176.100,oo.

- José Ignacio Contreras, al igual que 35 "auxiliares de bodega" recibieron como sueldo básico en 1993: $137.000,oo y a partir de 1994 ese grupo se bifurcó así:

8 pasaron a ganar $167.962,oo entre ellos Contreras, mientras que

27 recibieron mayor sueldo básico: $169.900,oo.

d) Los testigos Germán Rojas, Alirio Carrillo y Faustino Galindo afirman que esa discrepancia en el aumento de salarios favoreció "a los trabajadores no sindicalizados".

e) Por su parte, el representante de CAFAM dice que "estas diferentes ganancias se explican porque de acuerdo con la política salarial de la empresa, se producen ajustes salariales solicitados por los jefes inmediatos en reconocimiento a su desempeño y habilidad en el puesto de trabajo y por mera liberalidad, con arreglo al Artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo".

C. Decisiones de 1° Instancia

El Juzgado 8° Laboral de Santafé de Bogotá (en el caso de César Augusto Lozada), y el Juzgado 3° Laboral de esta ciudad (en el caso de José Ignacio Contreras) denegaron la tutela (sentencias de 9 y 8 de septiembre de 1994, respectivamente) por existir otro medio judicial: el proceso ordinario laboral.

D. Decisiones de 2ª Instancia:

La Sala Laboral del Tribunal de Santafé de Bogotá, con diferentes ponentes, confirmó las decisiones de primera instancia mediante fallos de 3 de

octubre de 1994 para César Augusto Lozada y 7 de octubre del mismo año para José Ignacio Contreras..

En el caso de César Lozada, tres Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Santafé de Bogotá esgrimieron estos argumentos: que el peticionario puede acudir al procedimiento ordinario laboral y que el trabajador pretende que se "revise, practique y controvierta pruebas y declare un hecho litigioso, ***más no el que proteja derechos fundamentales***". (Subraya propia)

En la tutela de José I. Contreras los otros tres Magistrados de la Sala Laboral fueron más allá:

Sostienen que el artículo 25 de la Constitución Política no aparece dentro del listado de normas de aplicación inmediata según el artículo 85 ibidem, luego, los trabajadores particulares deben regirse por el Código Sustantivo del Trabajo, cuyas garantías pueden hacerse más ventajosas por Convención o Pacto. Si el trabajador optó por Convención no puede invocar el Pacto Colectivo; y, de todas maneras, es a través de un proceso ordinario laboral donde "se controvierte la desigualdad".

Estos criterios de las sentencias que se revisan obligan al estudio de los principios constitucionales entre ellos el principio de igualdad en materia salarial, y la distinción que debe haber entre discriminación y trato diferente, así la tutela no sea la vía adecuada para definir los casos concretos de Lozada y Contreras.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de las dos acciones de tutela acumuladas, con fundamento en los artículos 86 inciso 3º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dichas acciones hizo la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. Temas Jurídicos a tratar

Dos grandes temas surgen del problema planteado y de las decisiones que se revisan: el de la igualdad y el de la procedencia de la tutela. Para dilucidarlos es conveniente hacer razonamientos jurídicos que vayan agotando las

diversas etapas que hay que cumplir para arribar a una solución equitativa, previas precisiones conceptuales.

1. EL DERECHO AL TRABAJO Y EL PRINCIPIO A LA IGUALDAD.

El artículo 25 de la Constitución ordena:

"El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas"

La Corte, en reciente fallo de Sala Plena dijo:

"Del texto transcrito deben destacarse, en esta sentencia, dos aspectos: el primero, la "especial protección" que el Estado debe otorgar al trabajador. ¿Protección para qué? Para que en relación con él se garanticen "los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución". Principios entre los cuales cabe destacar el de la igualdad, ya examinado. Derechos, como el que tiene toda persona a un trabajo en condiciones dignas y justas. Y deberes, como el de la solidaridad social, en virtud del cual todos estamos obligados a promover el bienestar general, que en alguna forma contribuye al bienestar de cada uno.

El segundo aspecto es el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. A este respecto, son pertinentes estos comentarios.

El calificativo de dignas que se da a las condiciones del trabajo, hay que entenderlo como derivado de la dignidad propia del ser humano. Y si éste, en el plano jurídico, es igual a todos sus semejantes, no tiene sentido el que en abstracto las condiciones del trabajo, en particular su retribución, sean diferentes. Ello implicaría el que la dignidad misma fuera mensurable, al punto de afirmar que unas personas tienen más dignidad que otras. Pretensión inaceptable a la luz de las leyes que nos rigen. "[1]

La igualdad de oportunidades para los trabajadores, es, pues, un derecho fundamental sustentado en los artículos 1º, 13, 25 y 53 de la C.P. En la sentencia citada la Corporación agregó: "Esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su patrono. Este es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual"[2]

---

1. Sentencia C-51 16 de febrero de 1995, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

2. Ibídem.

2. CONSTITUCIONALMENTE NO PUEDE HABER DISCRIMINACION

Las personas nacen iguales ante la ley y no puede haber discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; esta enumeración hecha por el artículo 13 C.P., no es taxativa y, tratándose de aspectos relativos al trabajo, el artículo 53 ibidem reitera que debe haber "igualdad de oportunidades para los trabajadores". La Corte en sentencia C-071/93 dijo que este principio aplicable al trabajo "es una especie del principio genérico de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución".

Es más, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), aprobada en 1919, expresamente consagra en el Preámbulo el "reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor" y el Convenio 111 de la OIT[3] se refiere concretamente a la NO DISCRIMINACION en materia de "oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación" (art. 1), aclarándose que "los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional, y a la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las **condiciones de trabajo**" (ibidem).

Por eso, al referirse al derecho al trabajo la sentencia C-71/92 indicó:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental"[4].

El ex-contituyente Guillermo Guerrero Figueroa, y en el mismo sentido se expresa al mexicano Mario De la Cueva, incluyen dentro del calificativo CONDICIONES DE TRABAJO todos "los beneficios, cualquiera que sea su naturaleza que se concedan a un trabajador" los cuales "deben extenderse a quienes cumplan un trabajo igual, de ahí la acción llamada de nivelación de condiciones de trabajo"[5]

---

3. Aprobado mediante Ley 22/67.

4. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

5. Compendio de derecho laboral, T.I., p. 214, Guillermo Guerrero Figueroa.

Es obvio que la ***discriminación salarial*** atenta contra la IGUALDAD como derecho fundamental constitucionalmente protegido e inherente a la relación laboral. Lo cual implica, en principio, que habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, por eso se proclama el principio A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL.

3. PUEDE HABER TRATOS DIFERENTES QUE NO SON DISCRIMINATORIOS.

Antes que todo, hay, que decir que jurícamente no es lo mismo DISCRIMINACION que trato diferente. Este último es permitido en algunos casos, sin que implique violación a la igualdad.

En una sentencia de la Corte Constitucional, donde se discutía la igualdad, y en la cual se escudan las peticiones de tutela que se estudian en el presente expediente, se aclaró que ante situaciones similares puede haber trato distinto. Dijo la Corporación:

"La justificación del trato jurídico distinto de una situación jurídica equiparable, sólo es posible si se demuestra que ella resulta claramente de la finalidad perseguida por la norma que establece la distinción. En términos de la Corte Europea de Derechos Humanos, "No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas". En este orden de ideas, es necesario tener en consideración los objetivos de la norma que establece la distinción, "los cuales - continúa la Corte - no pueden apartarse de la justicia y de la razón, vale decir no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"[6] ...

Las condiciones laborales, si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13, deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato"[7]

---

6. CEDH. Sentencia del 23 de julio de 1968. P. 34.

7. Corte Constitucional Sentencia N° T-230/94 mayo 3 de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Le corresponde entonces al Juzgador definir cuándo son iguales unas situaciones de hecho, y, si lo fueren, analizar si existe o no discriminación porque a pesar de haber un trato diferente frente a situaciones iguales, la diferenciación no constituirá discriminación si obedece a un fin constitucionalmente lícito y está motivada objetiva y razonablemente, caso en el cual no es factible afirmar que hay violación al derecho de igualdad.

En la sentencia C-71/93 se aclaró este aspecto:

"La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohibe la arbitrariedad.

El operador jurídico, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo, debe acudir a la técnica del juicio de razonabilidad que, en palabras del tratadista italiano Mortati, "consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparacion entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance." [8]

"El elenco de los factores de discriminación tanto objetivos como subjetivos consagrados en el artículo 13 de la Constitución, corresponde a una lista enunciativa y no taxativa de los factores que históricamente se han considerado como discriminatorios. Como lo ha establecido el Tribunal Constitucional Italiano: "así, se superó la creencia inicial en el carácter taxativo del elenco de las discriminaciones impedidas expresamente por el artículo 3.1., **comprendiéndose también cualquiera otras deducibles del texto de la Constitución**, e invocándose así mismo las exigencias de la naturaleza misma de las cosas, la que puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio en virtud de obstáculos de orden natural, biológico o moral según la conciencia social dominante en la comunidad nacional". [9]

La Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el derecho a la igualdad. Al efecto baste citar dos fallos.

En el proceso N° SC-221/92 se afirmó:

Ese 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

---

8. PIZZORUSSO, Alexandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1.984. pág. 167.

9. Ibídem.

el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente 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. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática[10].

Y en la Sentencia T-422/92, por su parte, se dijo:

Sin embargo el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos de derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas -entre ellas rasgos o circunstancias personales- diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones etc.). Pero, los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Aunque algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo[11]

De conformidad con este par de citas, entonces, se colige lo siguiente:

Primero, el derecho a la igualdad no significa igualitarismo ni igualdad matemática.

Segundo, el derecho a la igualdad implica hacer diferencias allí donde se justifiquen.

Tercero, se justifica hacer una diferencia cuando del análisis de la situación se desprende que ella es razonable.

Cuarto, una diferencia entre presuntos iguales es razonable cuando existe un hecho relievante que amerite tal diferenciación.

Y quinto, un hecho es relievante cuando, a juicio del operador jurídico, es de tal magnitud que rompe el igualitarismo formal para dar lugar a un trato desigual en aras de la igualdad material"[12].

---

10. Sentencia SC-221 de 1.992, de la Sala Plena de la Corte Constitucional.

11. Sentencia T-422 de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional del 19 de junio de 1.992. Magistrado Ponente : Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

12. C-71/93, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Y la sentencia T-525 de 1994 precisó: "Vale la pena anotar entonces, que el artículo 13 de la Constitución Nacional, no preceptúa siempre un trato igualitario para todos los sujetos del derecho, permitiendo anudar a diferentes situaciones -entre ellas, rasgos o circunstancias personales- distintas consecuencias jurídicas, que buscan a la igualdad material. Sobre este particular, la Corte ha advertido que el derecho de igualdad no excluye dar un tratamiento diferente a sujetos colocados en distintas situaciones de hecho, cuando exista motivo razonable que lo justifique" [13]

Con estos criterios jurisprudenciales será más ágil y equilibrado el desarrollo que se le viene dando al tema de la igualdad.

4. CUANDO PUEDE HABER DIFERENCIA SALARIAL TRATANDOSE DE UNA MISMA ACTIVIDAD LABORAL

Hay situaciones en las cuales puede ser diferente la remuneración para trabajadores que desempeñan un mismo puesto, o cargo, en el mismo lugar, con la misma intensidad horaria. Esto ocurre porque la remuneración es:

"proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" (artículo 53 de la Constitución del 91).

Estos factores cuantitativos y cualitativos no contradicen el principio de la igualdad porque, como ya lo dijo la Corte en la sentencia C-71/93, no hay que confundir la igualdad con el igualitarismo y el derecho a la igualdad implica hacer diferencias donde éticamente se justifiquen. Luego, si OBJETIVAMENTE un trabajador produce MAS y MEJOR que sus compañeros es justo que la retribución sea mayor. El mismo Código Sustantivo del Trabajo (hoy artículo 14 de la Ley 50 de 1990) establece:

"Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."

Viendo la evolución legal que en Colombia ha tenido el principio: a trabajo igual, salario igual, se tiene:

- La Ley 10/34: Prohibió la diferencia de salario. Es decir, consagró el principio, sin establecer ningún sistema legal para hacerlo eficaz (se establecieron después sanciones administrativas por el incumplimineto).

---

13 . T-525 de 23 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

- La Ley 149/36: Señaló los casos en que podría haber diferencia de salarios (capacidad, antiguedad, experiencia, cargas familiares, rendimiento y en NINGUN caso: nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales); para el Tribunal Supremo del Trabajo esta norma SI llevaba incluida dentro de su sentido una VERDADERA acción a su favor, para obtener el pago de salarios que se hubieren dejado de pagar con base en aquellos factores que la ley entendía como insuficientes para establecer la diferencia.

- La Ley 6º/45: Estableció que no podía haber diferencia de salarios por razones que no fueran basadas en la calidad y cantidad de trabajo y en otros factores que están intimamente vinculados con la prestación misma del servicio y con la organización de la empresa.

- El Artículo 143 C.S.T.: Establece los factores que deben tenerse en cuenta ***para equiparar*** el salario, en donde lo principal es la eficacia del trabajo.

Surge de esta enunciación la posibilidad de una acción para que los organismos jurisdiccionales coloquen al trabajador y su salario ***en la misma situación en que el principio legislativo los quiso colocar.***

Y al mismo tiempo surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53 C.P.), y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador.

El tratadista español Alfredo Montoya Melgar dice al respecto:

En cuanto compensación de un trabajo, la cuantía del salario ha de fijarse atendiendo a la calidad y cantidad de dicho trabajo, prohibiéndose las discriminaciones y tratos de favor basados en circunstancias personales, tales como sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, etc. (art. 17.1 ET); específicamente, el art. 28 ET dispone, en la línea del art. 35.1 Const., que el empresario está obligado a "pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo"; principio acogido en el Conv. de la OIT Nº 100, en la Carta Social Europea, en el Tratado de la C.E.E. (art. 119) y Directiva de 102. 1975[14] por otra parte, la legislación equipara los salarios de extranjeros y nacionales (art. 32 D. 1.119/1986, de 26.5).

---

14. Sobre la Directiva y Jurisprudencia. A. Montoya, J. Galiana y a. Sempere: Instituciones de Derecho Social Europeo, Madrid, 1988, págs. 20 y sigs. Cfr. también Ss. TJCE 4.2.88 (Caso Murphy) y 17.10.89 (caso Danfoss).

Pero, hay que ser muy cuidadosos en la calificación de la calidad y la cantidad del trabajo. Debe haber parámetros objetivos serios para evaluación. Y, por otro aspecto, la búsqueda de eficiencia no puede llegar al extremo de destruir la vida privada del asalariado.

5. NO BASTA LA SIMPLE AFIRMACION PATRONAL DE QUE UNOS TRABAJADORES SON MAS EFICACES QUE OTROS.

Cuando un trabajador considere que no se le ha dado un tratamiento igual, debe aportar el ***término de comparación*** que permita deducir el trato desigual.

Y el patrono tiene que demostrar que el trato diferente es razonable y objetivo y no limitarse a opinar que unos trabajadores son más eficaces que otros.

La creación de dos grupos para aumentarles el salario de manera distinta, responde a cambios de estrategía ocurridos en los países desarrollados respecto a las relaciones obreros patronales y a métodos no muy claros pero frecuentes en nuestros países en vía de desarrollo, aunque en ambos casos la finalidad es aumentar las ganancias de las empresas. Dentro de esa perspectiva económica se han implantado: el concepto de producción "justo a tiempo" y en grupo; la relocalización de las empresas en países o regiones donde se pagan bajos sueldos; y la introducción de los llamados "sistemas dobles de remuneración salarial". Se busca con esto último recuperar la discrecionalidad empresarial para que sean las decisiones privadas las que se impongan en la relación laboral, demostrando la vulnerabilidad del Derecho Colectivo al quitarle en la práctica la seriedad a las negociaciones colectivas. Todo ello atenta contra los artículos 1°, 39, 55 y 334 de la C.P., como se demostrará luego y previa esta aclaración:

Si el empleador desea dar una suma mayor al trabajador POR MERA LIBERALIDAD, esto es permitido por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, pero es un pago QUE NO CONSTITUYE SALARIO.

Si esa mera liberalidad no es ocasional sino que se torna habitual para un grupo grande de trabajadores, se relaciona en la nómina dentro del sueldo básico y se califica por el empelador como AJUSTE SALARIAL, lógicamente deja de ser liberalidad y se transforma en un derecho subjetivo adquirido por el grupo de privilegiados y pasa a ser remuneración fija.

La aparente generosidad en verdad responde a esa estructura económica denominada SISTEMA DOBLE DE REMUNERACION SALARIAL, según ya se indicó y , en el fondo es una forma de eludir la garantía del Art. 55 C.P.:

Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales con las excepciones que señale la ley".

Y es un desconocimiento del régimen de economía mixta que tiene en Colombia respaldo en el estado social de derecho (art. 1º C.P.) y de la intervención del Estado en la economía (art. 334).

Esta Corte ha dicho sobre estos aspectos:

"La Carta no se limita entonces, a regular la organización supra estructural del poder público. No. El constituyente recogió la tradición occidental de postguerra y con ella una nueva visión del derecho constitucional, de la cual deben destacarse cuando al menos tres elementos esenciales.

En primer lugar, el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontologicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los limites del quehacer estatal. No se trata entonces de un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los limites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, la Constitución dota al Estado de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento.

En tercer lugar, la Carta otorga a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública.

No se trata entonces, como ya lo ha manifestado esta Corporación, de un texto indiferente frente al comportamiento económico del Estado o de los particulares. Las reglas fundamentales introducidas por la Constitución se convierten, a la vez, en razón de ser y en límite de las acciones públicas y privadas...

No caben, pues, en el sistema jurídico colombiano, proyectos o normas discriminatorias o que vulneren la igualdad de oportunidades, o tiendan a

desproteger la libertad de empresa dentro del marco de una economía social de mercado, o a menoscabar el derecho al trabajo y los otros derechos fundamentales que, como ya lo ha dicho esta Corte, forman parte del orden público constitucional. "

En conclusión, hay que buscar el equilibrio entre igualdad, la protección al trabajo y la libertad de empresa. Por eso, la natural aspiración de lograr una política salarial para la productividad no debe servir de disculpa para restringir la negociación colectiva, ni para golpear las organizaciones sindicales, ni mucho menos para deshumanizar el trabajo porque uno de los principios fundamentales de la Constitución del 91 es el respeto a la DIGNIDAD.

6. LA PRUEBA QUE JUSTIFIQUE LA DISTINCION DEBE SER APORTADA POR QUIEN DA EL TRATO DIFERENTE, NO POR EL PERJUDICADO.

La carga de la prueba del trato distinto, corresponde al empleador. Es una inversión del ONUS PROBANDI, en cuanto quien alega la vulneración del principio de igualdad no está obligado a demostrar que es injustificada la diferenciación que lo perjudica, esto ha sido aceptado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 230 de 1994, anteriormente transcrita y es reiteradamente acogido por el Tribunal Constitucional Español[15]

En nuestra normatividad constitucional, esta apreciación sobre la carga de la prueba tiene su asidero en el artículo 13 de la C.P. que establece la igualdad y prohibe la discriminación, sabio principio que es particularmente importante en el derecho laboral, por eso en cualquier contrato de trabajo, sea escrito o verbal va implícito el derecho fundamental que tienen todos los trabajadores a recibir trato jurídico igual para condiciones semejantes, salvo, como ya se dijo, que la diferenciación busque un fin constitucionalmente lícito, tenga respaldo razonable y esté objetivamente demostrado, en otras palabras: que la distinción no se convierta en discriminación.

En conclusión. Quienes tienen la carga de probar la inexistencia de la desigualdad o la razonabilidad y objetividad del trato diferente son los empleadores a quienes se les imputa la violación al principio de igualdad. El afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación.

---

15. Ver Sentencias 38/81, 103/83, 81/82.

7. APLICACION INMEDIATA DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES.

El artículo 2º de la Constitución señala como uno de los fines esenciales del Estado:

"Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"

Esos principios corren por todo el cuerpo de la Ley de leyes, integrando, interpretando y criticando aún el mismo ordenamiento constitucional porque sus disposiciones deben ser leidas de acuerdo con esos PRINCIPIOS. Sólo así se acata en su integridad la supremacía de la Constitución (art. 4º ibidem).

Los principios mínimos fundamentos del trabajo del artículo 53 son VINCULANTES aún cuando no se haya dictado la ley que lo desarrolla. Es que los valores y principios que se encuentran en la Constitución son obligatorias para el intérprete. Lo anterior implica que para interpretar una Constitución de principios y valores materiales, como la de 1991 hay que adoptar, de entre los métodos interpretativos, el argumento axiológico -evaluación de valores- para concretar sus claúsulas abiertas.

Por supuesto que no hay que confundir los principios constitucionales con los principios generales del derecho. Estos últimos sin criterios auxiliares de la actividad jurídica (art 230 C.P.), mientras que los primeros encuentran su sustento en la propia Carta Fundamental. Así lo ha dicho la Corte Constitucional:

"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" [16]

---

16. Sentencia C-479/92, Magistrados ponentes Dr. José Gregorio Hernández Galindo y Dr. Alejandro Martínez Caballero.

8. VIA PARA RECLAMAR LA IGUALDAD SALARIAL

Surge ahora esta inquietud: cuál será el camino judicial para enmendar la discriminación le ocasionada a quienes solicitaron el amparo en la presente acción de tutela?.

Ha sostenido esta Sala de Revisión que los reajustes (salarial, pensional) corresponde hacerlos a la jurisdicción laboral, salvo que se trate de un perjuicio irremediable en cuyo caso la tutela opera como mecanismo transitorio.

Pero, hasta ahora la jurisprudencia se había referido a las discrepancias que surgían al interpretarse una norma o a los casos de incumplimiento de la ley, o a las contradicciones que podrían aparecer entre dos disposiciones. En estas situaciones es obvio que la jurisdicción laboral es competente para decidir porque se trata de conflictos jurídicos típicos.

Qué ocurrirá cuando no hay discusión sobre la aplicación de la norma sino que el problema surge porque el empleador automáticamente modifica, en favor de un grupo de trabajadores, una norma existente: LA CUANTIA DE UN AUMENTO SALARIAL, y, los integrantes del grupo desfavorecido, exigen que la modificación para unos sea modificación para todos.

En otras palabras: la jurisdicción laboral es competente para definir un conflicto en el cual se exige la igualdad EN LA NORMA?.

El artículo 2º del Código Procesal del Trabajo indica que "La jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo".

Uno de los elementos **esenciales** del contrato de trabajo es el SALARIO como retribucción del servicio (art. 1º de la Ley 59/90). Y se dijo en esta sentencia que la igualdad y el derecho a la no discriminación son inherentes al contrato de trabajo, aunque no haya en el contrato cláusula que expresamente lo diga. Luego, las controversias sobre el principio A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL corresponde juzgarlas a la jurisdicción ordinaria laboral, y, por vía de tutela sólo cabría como mecanismo transitorio.

En los casos de José Contreras y César Augusto Lozada, ellos solicitaron la nivelación salarial sin explicitar ni probar el perjuicio irremediable, y, por el contrario, aduciendo una distinción salarial entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, lo cual no es rigurosamente cierto. Les asiste, entonces, razón a los jueces de tutela para negarla por improcedente, aunque algunos

de los razonamientos no son compartidos por esta Sala de Revisión como se ha explicitado en el texto de este fallo.

Los petentes tienen la vía ordinaria, ante los jueces laborales, para formular sus reclamaciones de A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL, demostrando el término de comparación y correspondiendo al patrono probar que el trato desigual se justifica razonablemente.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitucón

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR las sentencias del Juzgado Octavo Laboral de Santafé de Bogotá , (9 de septiembre de 1994) y Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (3 de octubre de 1994) dentro de la acción de tutela instaurada por César Augusto Lozada Latorre, pero, por las razones expuestas en el presente fallo.

Segundo.- CONFIRMAR las sentencias del Juzgado Tercero Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (7 de octubre de 1994) dentro de la acción de tutela instaurada por José Ignacio Contreras Ballén, pero por las razones expuestas en el presente falllo.

Tercero.- Comuníquese a los petentes, al representante legal de la Caja de Compensación Familiar CAFAM.

Cuarto.- Envíesele copia a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, al Ministerio de Trabajo y al Defensor del Pueblo.

Notifíquese, cúmplase e 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-080
de febrero 28 de 1995

COMPETENCIA DE TUTELA - Envío al Juez competente / **JURISDICCION CONSTITUCIONAL / COMPETENCIA POR TERRITORIO**

Si el juez de primera instancia, no es el competente, por no corresponder al del lugar donde ocurriere la vulneración de los derechos fundamentales, la Sala considera que el procedimiento a seguir es enviar la demanda y sus anexos al juez competente. Obviamente, previa notificación al interesado de que hará tal envío, pues si no se violaría el debido proceso al actor, quien carecería de las oportunidades procesales para actuar. El envío por parte del juez no competente al competente, se refiere al de cualquier lugar del país, pues los procesos de tutela hacen parte de la jurisdicción constitucional. En relación con la categoría del juez a dónde remitir el proceso, se conservará la misma donde fue presentada inicialmente, es decir, si el demandante instauró su acción ante un juez civil municipal, el juez enviará ante el civil municipal del lugar donde ocurrió presuntamente la vulneración.

ACCION DE TUTELA - Informalidad

Si bien el artículo 37 mencionado no hace referencia expresa a esta clase de situaciones, la Constitución y el Decreto 2591 estipulan la informalidad de la que está revestida la tutela. Señalan que no se requiere actuar a través de apoderado, por lo cual no se podría exigir un conocimiento exacto de cuáles son los factores de competencia.

COMPETENCIA DE TUTELA - Juez de Segunda instancia / **NULIDAD PROCESAL SANEABLE**

Si es el juez de segunda instancia el que observa la carencia de competencia del de primera, la situación es diferente, pues se estará ante una de las nulidades procesales de que trata el artículo 140 del CPP, nulidad que puede

ser saneada, excepto cuando se trate de falta de competencia funcional. Este procedimiento, de poner en conocimiento la falta de competencia, es el que debe seguir el ad quem cuando advierta que está en presencia de una nulidad, bien sea carencia de competencia, falta de notificación, etc.

TUTELA PRESENTADA ANTE CORPORACIONES JUDICIALES NACIONALES / COMPETENCIA FUNCIONAL

La acción de tutela presentada directamente ante la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, en estos eventos, la correspondiente demanda y sus anexos se devuelven directamente al interesado sin ser posible la remisión, por tres razones principales: 1o. Como en innumerables ocasiones se ha señalado, los mencionados órganos no pueden conocer de la acción de tutela directamente, pues se rompe la posibilidad de la segunda instancia. Posibilidad que está prevista en la propia Constitución, en la norma que estableció la tutela, artículo 86, inciso 2o. 2o. Se está en presencia de falta de competencia funcional, la cual, a la luz de lo dispuesto en las normas procesales, no es sanable. Las altas corporaciones al estar todas excluídas del conocimiento de las tutelas presentadas directamente ante ellas, no podrían determinar ante cuál juez o tribunal quiere el interesado presentar su acción, y no les corresponde atribuirse tal decisión, la cual sólo compete al demandante. En los casos de instaurarse directamente la tutela ante las corporaciones mencionadas, lo procedente es la devolución de la demanda y sus anexos al interesado, dejándolo en libertad de presentar su acción ante cualquiera de los jueces o tribunales del lugar donde ocurrió la vulneración.

Ref: Proceso T- 49.928.

Demandante: Eugenio Jordan Cayetano contra Inderena, sucursal Leticia, Amazonas.

Procedencia: Juzgado Civil de Circuito de Leticia.

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 veintiocho (28) días del mes de febrero 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 Juzgado Civil del Circuito de Leticia en el proceso promovido por Eugenio Jordan Cayetano.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección Número Once de la Corte, el 4 de noviembre de 1994, eligió, para su revisión, el expediente de la referencia y resolvió que se acumulara con el T- 49.787 "si a bien lo considera la Sala de Revisión correspondiente."

Una vez estudiados los expedientes, la Sala de Revisión estimó la necesidad de desacumular los procesos, pues si bien los asuntos se relacionan con el tema de la competencia del juez de tutela, en un caso, la providencia a revisar corresponde a un auto, y, en el segundo, a una sentencia. Por consiguiente, la Sala proferirá dos providencias independientes, aunque basadas en las mismas consideraciones.

I. ANTECEDENTES

Hechos

En la presente providencia sólo se hará un sucinto relato de los hechos, pues el asunto a estudiar se relaciona con la competencia por parte del juez de tutela.

El actor presentó demanda de tutela ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Nariño, departamento del Amazonas, contra dos funcionarios del INDERENA, Regional Amazónica, por considerar que al haberle sido decomisada por la policía, en la ciudad de Leticia, una madera que había sacado del "lado del Perú del sitio denominado El Tigre, frente a Atacuari", dichos funcionarios violaron sus derechos fundamentales. No señala cuales.

El Juzgado Promiscuo de Puerto Nariño solicitó y recaudó múltiples pruebas. En sentencia del 1o. de agosto de 1994 concedió la tutela, por considerar que al actor se le violó el derecho fundamental al debido proceso, en el proceso administrativo adelantado por el Inderena.

Impugnada esta decisión por parte de la Gerente del Inderena, con el argumento de la falta de competencia del Juzgado de Puerto Nariño, el Juzgado Civil del Circuito de Leticia, en sentencia del 26 de septiembre de 1994, revocó el fallo del *a quo*, por la misma razón, pues fue en la ciudad de Leticia donde se produjo el acto u omisión que se pretendía tutelar. En consecuencia, el *ad quem* señaló que el actor puede volver a presentar su demanda ante cualquiera de los jueces de Leticia.

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.- La materia

En el caso objeto de este análisis, el juez de segunda instancia decidió que la **falta de competencia** del de primera para tramitar la tutela ante él interpuesta, la hacía improcedente. El Juzgado, mediante sentencia, revocó la sentencia del *a quo*, y dejó en libertad al actor para presentar su demanda ante cualquiera de los jueces donde ocurrieron los hechos.

De acuerdo con lo anterior, los temas objeto de análisis son:

a) Exequibilidad del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

b) El juez que se considere incompetente, ¿debe remitir la demanda al juez que tiene la competencia o devolver los documentos al interesado?

c) El procedimiento a seguir por parte del juez de segunda instancia cuando observe la falta de competencia del de primera.

Veamos cada uno de estos temas.

a) **Exequibilidad del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.**

El artículo 37, en lo pertinente, dice:

"**Artículo 37**. *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 amenaza** que motivaren la presentación de la solicitud." (se resalta).

La Corte Constitucional, en sentencia C-54, de 18 de febrero de 1993, declaró **exequible** el artículo 37, en lo que hace referencia a que el conocimiento de las acciones de tutela corresponde al juez del lugar donde se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental. La declaración de exequibilidad se hizo sin reserva ninguna, y después de examinar el contenido de la norma acusada.

En el presente expediente, se observa que, efectivamente, la demanda de tutela se presentó en lugar diferente a donde ocurrieron los hechos que presuntamente constituyen la violación o amenaza de derechos fundamentales, pues, la acción se dirigió contra actuaciones ocurridas en la ciudad de Leticia y la demanda de tutela fue presentada en la población de Puerto Nariño, Amazonas.

Por consiguiente, el *ad quem* acertó en señalar la falta de competencia del juez de primera instancia.

Esto nos lleva a los siguientes puntos.

b) El juez que se considere incompetente, ¿debe remitir la demanda al juez que tiene la competencia o devolver los documentos al interesado?

En primer lugar, la Sala advierte que son situaciones distintas, en relación con la competencia, en las que se puede encontrar el juez de primera o de segunda instancia.

En la primera hipótesis, si el juez de primera instancia, no es el competente, por no corresponder al del lugar donde ocurriere la vulneración de los derechos fundamentales, la Sala considera que el procedimiento a seguir es **enviar la demanda y sus anexos al juez competente.** Obviamente, previa notificación al interesado de que hará tal envío, pues si no se violaría el debido proceso al actor, quien carecería de las oportunidades procesales para actuar.

¿Cuál es la base legal de este envío al juez competente?

En primer lugar, si bien el artículo 37 mencionado no hace referencia expresa a esta clase de situaciones, la Constitución y el Decreto 2591 estipulan la informalidad de la que está revestida la tutela. Señalan que no se requiere actuar a través de apoderado, por lo cual no se podría exigir un conocimiento exacto de cuáles son los factores de competencia. Además, el propio artículo 10 del decreto establece que la tutela puede presentarse en forma verbal, y que ni siquiera es necesario citar la norma constitucional infringida, siempre y cuando el juez pueda determinarla.

Entonces, si la propia base de la tutela, es decir, determinar la norma constitucional infringida y por ende el derecho fundamental a proteger, puede ser deducida por el juez y continuar con el proceso de tutela, con mayor razón el juez puede enviar la demanda y sus anexos al competente, pues en últimas, lo que se pretende es la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Además, esta actividad no es extraña al proceso ordinario, en materia civil. El artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1o., numeral 37, en lo pertinente, dice:

"**Inadmisibilidad y rechazo de plano de la demanda**. El juez declarará inadmisible la demanda:

"...

"Si el rechazo se debe a falta de competencia, **el juez la enviará con sus anexos al que considere competente** dentro de la misma jurisdicción . . ." (se resalta)

A lo anterior hay que agregar que el envío por parte del juez no competente al competente, se refiere al de cualquier lugar del país, pues los procesos de tutela hacen parte de la jurisdicción constitucional. Sobre este punto, vale recordar lo dicho por la Sala Plena de esta Corte Constitucional, en auto número 16 de 1o. de septiembre de 1994, "Ello, en sentir de la Sala, significa que en esta materia [asuntos de tutela], todos los jueces, como eventuales inferiores jerárquicos de la Corte Constitucional, también hacen parte de la jurisdicción constitucional orgánica y funcionalmente."; y que, en relación con la categoría del juez a dónde remitir el proceso, se conservará la misma donde fue presentada inicialmente, es decir, si el demandante instauró su acción ante un juez civil municipal, el juez enviará ante el civil municipal del lugar donde ocurrió presuntamente la vulneración.

No sobra advertir, que la Corte ha revisado algunas sentencias en las que ha existido el envío por parte del juez no competente al competente, y aunque se ha referido al tema sólo en forma tangencial, no ha objetado este procedimiento. Sin embargo, en algunas providencias no ha objetado la devolución de documentos al interesado. Veamos algunas sentencias que se han pronunciado sobre el tema.

- La sentencia T- 591, de 4 de diciembre de 1992, dice en lo pertinente:

"**Debida Interpretación del Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.**

"Aunque según la Carta, todos los jueces tienen jurisdicción para conocer sobre acciones de tutela, el legislador -que en esta materia lo fue el Ejecutivo, en desarrollo de las facultades conferidas por el artículo transitorio 5 de la Constitución, a través del Decreto 2591 de 1991- ha identificado los criterios con arreglo a los cuales se define la competencia para fallar acerca de aquellas en casos específicos.

"Cuando el artículo 86 de la Carta dispone que los jueces, en todo momento y lugar están llamados a conocer de esta acción, entiende la Corte que ha sido la ley, vale decir el Decreto ibídem, la que ha señalado el sentido que debe darse al mencionado precepto, especialmente al establecer el ámbito estricto que debe reconocer y respetar todo juez de la República para admitir, tramitar y fallar solicitudes de tutela.

"Es así como el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 señala como competente para conocer de la acción de tutela, en primera instancia 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 el presente asunto, encuentra la Corte Constitucional que la acción está encaminada a la protección de unos derechos fundamentales que a juicio

del peticionario, fueron vulnerados o amenazados por una presunta omisión del Consejo de Estado, cuya sede natural es la ciudad de Santafé de Bogotá.

"Considera esta Corporación conforme a lo dispuesto en la norma citada, que se debe presentar la demanda de tutela "en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivaren la presentación de la solicitud", es decir, en la ciudad de Bogotá, pues fue allí donde se expidió el acto administrativo que aplazó el nombramiento del funcionario en propiedad, y no como consideró erróneamente el actor, donde tiene su domicilio y ejercía sus funciones como Magistrado del Tribunal Administrativo de Norte de Santander al momento de la expedición del citado acto.

"Por lo anterior, se debe concluir que la competencia territorial para conocer en primera instancia de la solicitud formulada por el peticionario radicaba en un juez o tribunal con jurisdicción en la ciudad de Bogotá, pues fue allí donde se produjo el acto u omisión que se pretende tutelar. " (Magistrado ponente Jaime Sanín Greiffenstein)

- La sentencia T- 162, de 26 de abril de 1993 dice, en lo pertinente:

"De acuerdo con los antecedentes que dieron origen a la acción de tutela se puede establecer que los hechos generadores tuvieron ocasión en la ciudad capital, Santafé de Bogotá, D.C., donde el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca no tiene competencia territorial.

"Precisamente en el fallo que resolvió sobre las pretensiones del accionante, el Magistrado doctor Julio Gilberto Lancheros Lancheros presentó salvamento de voto por considerar que el Tribunal del que hace parte no era el competente para conocer de fondo sobre la solicitud de tutela, por carecer de competencia conforme al Decreto 2591 de 1991 artículo 37 (folios 167 a 170 del expediente de tutela), donde además expuso:

"...3o. Esta Corporación, en Sala de Decisión en la que ha sido ponente el suscrito Magistrado, en casos similares al presente, por idénticos motivos, ha ordenado que sean remitidos a otra Colegiatura, habida consideración de que, según lo estatuído en el Decreto 2270 de octubre 7 de 1989, el Tribunal de Cundinamarca no obstante tener su sede en ésta ciudad capital, carece de jurisdicción en la misma ...".

"Argumentos que son de total recibo para esta Sala de Revisión, pues aunque la acción de tutela está revestida de una alta dosis de informalidad, no es posible tampoco desatender el mandato legal que fija la competencia de la autoridad que vaya a decidir la acción, ya que esta facultad no es de naturaleza omnímoda, sino que se encuentra precisamente delimitada en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991." (Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz)

En conclusión, por las razones jurídicas anotadas y por las sentencias transcritas, el **procedimiento acertado** por parte del juez que estime que no es competente para tramitar la acción de tutela, es enviar la demanda y sus anexos al que considere competente, de cualquier lugar del país, respetando la jerarquía del juzgado donde se presentó inicialmente y poniendo en conocimiento del actor sobre tal hecho.

c) El procedimiento a seguir por parte del juez de segunda instancia cuando observe la falta de competencia del de primera.

Pero si es el juez de segunda instancia el que observa la carencia de competencia del de primera, la situación es diferente, pues se estará ante una de las nulidades procesales de que trata el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, nulidad que puede ser saneada, excepto cuando se trate de falta de competencia funcional, asunto que se tratará más adelante.

De acuerdo con el artículo 145, del Código citado, "En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insanables que observe. **Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada** por auto que se notificará como se indica en los numerales 1o. y 2o. 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." (se resalta)

Es decir, este procedimiento, poner en conocimiento la falta de competencia, es el que debe seguir el *ad quem* cuando advierta que está en presencia de una nulidad, bien sea carencia de competencia, falta de notificación, etc. Además, es la forma como la Corte Constitucional ha procedido en casos semejantes, al advertir que en las sentencias objeto de revisión, se presenta alguna de las nulidades procesales, especialmente cuando no se ha realizado la notificación a la parte contra quien se presentó la tutela. Ejemplos de ello son los autos de 15 de junio de 1994, en el expediente T- 31.880; el de 29 de noviembre de 1994, en el expediente T- 43.958, etc.

Diferente es la situación de la acción de tutela presentada directamente ante la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, pues, en estos eventos, la correspondiente demanda y sus anexos **se devuelven directamente al interesado sin** ser posible la remisión, por tres razones principales:

1o. Como en innumerables ocasiones se ha señalado, los mencionados órganos no pueden conocer de la acción de tutela directamente, pues se rompe la posibilidad de la segunda instancia. Posibilidad que está prevista en

la propia Constitución, en la norma que estableció la tutela, artículo 86, inciso 2o.

2o. Se está en presencia de falta de competencia funcional, la cual, a la luz de lo dispuesto en las normas procesales, no es sanable.

Algunos tratadistas explican este factor así:

"El *funcional* se deriva de la clase especial de funciones que desempeña un juez en un proceso; según la instancia o la casación y revisión, y su conocimiento se halla distribuido entre varios jueces de distinta categoría. Así, tenemos jueces de primera y segunda instancia, y competencia especial para los recursos de casación y revisión... El juez de primera instancia es "*a quo*" o hasta cierto momento; el de segunda "*ad quem*" o desde cierto momento en adelante (desde cuando finaliza la primera instancia). Este factor corresponde a un criterio de distribución vertical de competencia." (Compendio de Derecho Procesal, Hernando Dévis Echandía, Tomo I, Teoría General del Proceso, segunda edición, 1972, página 109)

3o. Las altas corporaciones al estar **todas excluídas** del conocimiento de las tutelas presentadas directamente ante ellas, no podrían determinar ante cuál juez o tribunal quiere el interesado presentar su acción, y no les corresponde atribuirse tal decisión, la cual sólo compete al demandante.

Por lo anterior, en los casos de instaurarse directamente la tutela ante las corporaciones mencionadas, lo procedente es la devolución de la demanda y sus anexos al interesado, dejándolo en libertad de presentar su acción ante cualquiera de los jueces o tribunales del lugar donde ocurrió la vulneración.

No sobra advertir que todas las remisiones al proceso ordinario, en lo no previsto en el proceso de tutela, obedecen precisamente a que en esta acción se debe respetar el debido proceso, pues de lo contrario se vulneraría un derecho fundamental.

Tercera.- Conclusiones en relación con la competencia.

De conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia, se pueden tener como conclusiones las siguientes:

- El artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto la competencia del juez donde ocurrió la vulneración o amenaza del derecho fundamental, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia No. 54 de 1993.

- El juez que estime que no es competente para conocer de la acción de tutela, debe enviar la demanda y sus anexos al que considere competente,

de cualquier lugar del país, respetando la jerarquía del juzgado donde se presentó inicialmente, e informando de ello al demandante.

- Si es el juez de segunda instancia el que observa la falta de competencia del de primera, debe proceder de conformidad con lo establecido por el procedimiento civil para procurar sanear la nulidad.

- Si la acción de tutela se presenta directamente ante la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado o Consejo Superior de la Judicatura, la correspondiente demanda y sus anexos se devuelven directamente al interesado, por las razones expuestas en esta providencia.

Cuarta.- El caso concreto.

El *ad quem*, en este proceso, decidió revocar el fallo impugnado, y dejar en libertad al actor de presentar la acción de tutela ante los cualquiera de los jueces de Leticia, sitio donde ocurrieron los hechos.

Como para el momento de esta revisión por parte de la Corte, no es posible conocer si el actor presentó una nueva tutela, sólo para no entorpecer tal posible proceso, que pudo ya haber terminado, esta Sala confirmará lo dispuesto por el Juzgado Civil del Circuito de Leticia, en cuanto a la libertad del actor en presentar una nueva tutela.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero: Sólo por las razones expuestas en esta sentencia, y únicamente en cuanto a dejar en libertad al interesado de presentar una nueva tutela, **CONFIRMASE** la sentencia de fecha 27 de septiembre de 1994, del Juzgado Civil del Circuito de Leticia, en la cual es demandante el señor Eugenio Jordán Cayetano.

Segundo: **COMUNIQUESE** la presente providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. También envíese copia de esta sentencia al Juzgado Civil del Circuito de Leticia.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CABONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA. SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

INDICE DE NORMAS DECLARADAS EXEQUIBLES
Febrero

Págs.

1980

Decreto 100 de 1980, artículo 59. Sentencia C-026 de febrero 02 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-653. Actor: Alexandre Sochandamandou..... 63

Decreto Ley 100 de 1980, artículo 201 la frase "armas de fuego de defensa personal, municiones", tal y como fue modificado por el artículo 1o. del Decreto Ley 3664 de 1986. Sentencia C-038 de febrero 09 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-658. Actor: Alexandre Sochandamandou..... 133

1991

Decreto 585 de 1991, artículo 28 numeral 3, literal b). Sentencia C-039 de febrero 09 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-678. Actor: Pascual Amézquita Zárate..... 157

1993

Ley 100 de 1993. Sentencia C-072 de febrero 23 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-612. Actores: Alirio Uribe Muñoz y María Paulina Borraz..... 378

Ley 104 de 1993. Sentencia C-055 de febrero 16 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-549. Actor: Pedro Pablo Camargo Rodríguez..... 256

Decreto 1222 de 1993, artículo 9o., excepto el aparte 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 ...", el cual es INEXEQUIBLE. Sentencia C-040 de febrero 09 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-652. Actor: Hugo Humberto Osorio Valor..... 172

Decreto 1222 de 1993, artículo 4o., la expresión "la conformación de lista de elegibles". Sentencia C-041 de febrero 09 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-796. Actor: Arvey Lozano Suelto..... 191

Decreto 2535 de 1993, artículo 3o. la expresión "... con base en la potestad discrecional ...". Sentencia C-031 de febrero 02 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-676. Actor: Alexandre Sochandamandou..... 113

Decreto 663 de 1993, artículo 303. Sentencia C-028 de febrero 02 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-660. Actor: Luis Xavier Sorela..... 83

Decreto 663 de 1993, artículo 322 numeral 3o. el aparte que dice: "Reserva de información. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras estará obligado a guardar reserva sobre las informaciones que exija a las instituciones financieras inscritas, salvo en los casos previstos en la Constitución y en la ley". Sentencia C-053 de febrero 16 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-682. Actor: Maximiliano Echeverri Marulanda..... 234

1994

Ley 151 de 1994. Sentencia C-070 de febrero 23 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. L.A.T. 034..... 401

Ley 164 de 1994. Sentencia C-073 de febrero 23 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. L.A.T. 037..... 415

CODIGOS:

Código de Procedimiento Civil

Decreto 1400 de 1970 artículo 4o. Sentencia C-029 de febrero 02 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-668. Actor: Francisco José Vergara Carulla..... 100

Código Contencioso Administrativo

Decreto 01 de 1984 apartes del artículo 66. Sentencia C-069 de febrero 23 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-699. Actor: Maximiliano Echeverri Marulanda..... 341

Código de Procedimiento Civil

Decreto 2700 de 1991 artículo 147. Sentencia C-071 de febrero 23 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-713. Demandante: Martha Esperanza Romero Hernández..... 364

INDICE DE NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES
Febrero

Págs.

1993

Ley 104 de 1993, artículos 17, 98, 99, 100 y 101. Sentencia C-055 de febrero 16 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-549. Actor: Pedro Pablo Camargo Rodríguez..... 256

Decreto 1222 de 1993, artículo 9o., el aparte 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... " . Sentencia C-040 de febrero 09 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-652. Actor: Hugo Humberto Osorio Valor..... 172

Decreto 663 de 1993, artículo 322 numeral 3o. el aparte que dice: " En general, el fondo gozará de reserva sobre sus papeles, libros y corespondencia". Sentencia C-053 de febrero 16 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-682. Actor: Maximiliano Echeverri Marulanda..... 234

CODIGOS:

Código Sustantivo del Trabajo

Artículo 338 numerales 1 el aparte que dice: ".. pero para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados, el Gobierno puede efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones", y 2

aparte que dice: "2. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a aquellas personas que, de acuerdo con el Concordato, están sometidas a la legislación canónica"; artículo 252 numeral 1 en la parte que dice: "Los trabajadores del servicio doméstico, los de empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos ($20.000) y los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales de capital inferior a sesenta mil pesos ($60.000) tienen derecho a un auxilio de cesantía equivalente a quince (15) días de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año".

Sentencia C-051 de febrero 16 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-696. Actor: Jaime Córdoba Triviño..... 216

INDICE TEMATICO
(Ordenado Alfabéticamente)

	PROVIDENCIA No.	Págs.
ABOGACIA - Cargo de forzosa aceptación	(Sentencia C-071/95)	364
ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Caducidad	(Sentencia C-039/95)	157
ACCION DE TUTELA - Aplicación de normas de C.P.C.	(Auto 010/95)	 49
ACCION DE TUTELA - Gravedad del daño	(Sentencia T-077/95)	954
ACCION DE TUTELA - Improcedencia	(Sentencia T-067/95)	890
ACCION DE TUTELA - Informalidad	(Sentencia T-049/95)	720
ACCION DE TUTELA - Informalidad	(Sentencia T-080/95)	991
ACCION DE TUTELA - Medidas provisionales	(Sentencia T-023/95)	542
ACCION DE TUTELA - Requisitos para la protección inmediata	(Sentencia T-077/95)	955
ACCION DE TUTELA - Subsidiariedad	(Sentencia T-022/95)	529
ACCION DE TUTELA - Subsidiariedad	(Sentencia T-077/95)	954
ACCION POPULAR	(Sentencia T-066/95)	878
ACTIVIDAD ASEGURADORA	(Sentencia T-057/95)	777
ACTO ADMINISTRATIVO	(Sentencia T-022/95)	529
ACTO ADMINISTRATIVO - Decaimiento	(Sentencia C-069/95)	342
ACTO ADMINISTRATIVO - Eficacia	(Sentencia C-069/95)	341
ACTO ADMINISTRATIVO - Existencia	(Sentencia C-069/95)	341
ACTO ADMINISTRATIVO - Inaplicación	(Sentencia T-064/95)	857
ACTO ADMINISTRATIVO - Pérdida de fuerza ejecutoria	(Sentencia C-069/95)	341

ACTO DISCRECIONAL - Control jurisdiccional	(Sentencia C-031/95)	113
ACTO JURISDICCIONAL	(Sentencia T-048/95)	707
ACUERDO SOBRE EL MERCADO COMUN CINEMATOGRAFICO - Constitucionalidad material	(Sentencia C-070/95)	402
ACUERDO SOBRE EL MERCADO COMUN CINEMATOGRAFICO - Mecanismos de participación	(Sentencia C-070/95)	401
ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR PARTICULARES	(Sentencia T-057/95)	776
AGENTE OFICIOSO	(Sentencia T-023/95)	542
AMENAZA	(Sentencia T-045/95)	677
AMPARO POLICIVO	(Sentencia T-048/95)	707
AMPARO POLICIVO - Naturaleza	(Sentencia T-048/95)	707
ANTECEDENTES PENALES - Improcedencia de su publicación	(Sentencia T-074/95)	920
ARBITRAJE	(Sentencia T-057/95)	776
ARBITRAJE - Materia arbitrable	(Sentencia T-057/95)	777
ARBITRARIEDAD	(Sentencia C-031/95)	113
AUTONOMIA JUDICIAL	(Sentencia T-025/95)	563
AUTONOMIA UNIVERSITARIA	(Sentencia T-061/95)	826
BASURERO PUBLICO	(Sentencia T-062/95)	839
BENEFICENCIA - Finalidad	(Sentencia T-049/95)	721
CAJA DE PREVISION DEL DISTRITO - Cúmulo de trabajo	(Sentencia T-076/95)	946
CAJANAL	(Sentencia T-050/95)	745
CARRERA ADMINISTRATIVA - Calidades - Aclaración de voto-	(Sentencia C-040/95)	189
CARRERA ADMINISTRATIVA - Calidades - Aclaración de voto-	(Sentencia C-041/95)	204
CARRERA ADMINISTRATIVA - Institucionalización	(Sentencia C-040/95)	173
CARRERA ADMINISTRATIVA - Méritos - Aclaración de voto-	(Sentencia C-040/95)	189
CARRERA ADMINISTRATIVA - Méritos - Aclaración de voto-	(Sentencia C-041/95)	204
CARRERA ADMINISTRATIVA - Nombramiento del primero	(Sentencia C-040/95)	172
CARRETERA - Construcción	(Sentencia T-033/95)	590
CENSURA - Prohibición	(Sentencia SU-056/95)	756
COGOBIERNO	(Sentencia T-033/95)	590

COLEGIO MARY MOUNT - Exigencias académicas	(Sentencia T-035/95)	606
COMERCIO DE ARMAS	(Sentencia C-038/95)	135
COMISION DE SEGURIDAD SOCIAL - Presentación de propuestas	(Sentencia C-072/95)	379
COMISIONES ACCIDENTALES DE CONCILIACION	(Sentencia C-055/95)	257
COMISIONES - Cierre del debate	(Sentencia C-055/95)	258
COMPETENCIA DE TUTELA	(Auto 010/95)	 49
COMPETENCIA DE TUTELA - Entidad Nacional	(Sentencia T-050/95)	745
COMPETENCIA DE TUTELA - Envío al Juez competente	(Sentencia T-080/95)	991
COMPETENCIA DE TUTELA - Juez de Segunda instancia	(Sentencia T-080/95)	991
COMPETENCIA DE TUTELA - Procedimiento en caso de incompetencia	(Auto 010/95)	 49
COMPETENCIA DISCRECIONAL - Contenido	(Sentencia C-031/95)	113
COMPETENCIA FUNCIONAL	(Sentencia T-080/95)	992
COMPETENCIA POR TERRITORIO	(Sentencia T-080/95)	991
COMPETENCIA REGLADA	(Sentencia C-031/95)	113
CONCILIACION	(Sentencia T-057/95)	776
CONCORDATO - No contempla asuntos laborales	(Sentencia C-051/95)	216
CONCURSO DE MERITOS - Anulación por fraude	(Sentencia T-047/95)	695
CONCURSO DE MERITOS - Factores de calificación	(Sentencia C-040/95)	172
CONCURSO DE MERITOS - Factores de evaluación	(Sentencia C-040/95)	172
CONCURSO DE MERITOS - Nombramiento del primero	(Sentencia T-046/95)	685
CONCURSO DE MERITOS - Nombramiento del primero	(Sentencia C-041/95)	191
CONCURSO DE MERITOS - Nueva convocatoria	(Sentencia T-047/95)	696

CONDUCTA LEGITIMA	(Sentencia T-032/95)	576
CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PENAL	(Sentencia C-038/95)	133
CONSTREÑIMIENTO ILEGAL	(Sentencia T-045/95)	677
CONTRATO DE SEGURO	(Sentencia T-057/95)	777
CONTRAVENCION DE DAÑO EN BIEN AJENO	(Sentencia SU-044/95)	664
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia de revisión oficiosa de leyes	(Sentencia C-055/95)	256
CONTROVERSIA FAMILIAR	(Sentencia T-060/95)	818
CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE CAMBIO CLIMATICO - Solución de conflicto	(Sentencia C-073/95)	416
CONVENCION SOBRE EL SISTEMA CLIMATICO - Confidencialidad de informaciones	(Sentencia C-073/95)	415
CONVENCION SOBRE EL SISTEMA CLIMATICO - Mecanismos de financiación	(Sentencia C-073/95)	415
CONVENIO INTERNACIONAL	(Sentencia C-073/95)	415
CORTE CONSTITUCIONAL - Incompetencia	(Sentencia C-006/95)	 25
COSA JUZGADA	(Sentencia C-027/95)	 77
COSA JUZGADA	(Sentencia C-030/95)	108
COSA JUZGADA	(Sentencia C-052/95)	228
COSA JUZGADA	(Sentencia C-054/95)	250
COSA JUZGADA RELATIVA	(Sentencia C-055/95)	260
COSA JUZGADA RELATIVA	(Sentencia C-072/95)	378
COSA JUZGADA RELATIVA EN TUTELA	(Sentencia T-048/95)	708
DEBER CIVICO - Inasistencia a desfile - Aclaración de voto-	(Sentencia T-075/95)	944
DEBER DE SOLIDARIDAD	(Sentencia T-036/95)	619
DEBER PATRIOTICO - Participación en desfile	(Sentencia T-075/95)	933
DEBERES CONSTITUCIONALES - Incumplimiento	(Sentencia T-036/95)	618

DEBIDO PROCESO	(Sentencia T-037/95)	628
DEBIDO PROCESO - Violación por sanción estudiantil	(Sentencia T-075/95)	933
DECRETO DE ESTADO DE SITIO	(Sentencia C-051/95)	216
DEFENSOR DE OFICIO EN PENAL	(Sentencia C-071/95)	364
DEFENSOR DE OFICIO EN PROCESO POLICIVO	(Sentencia SU-044/95)	663
DEFENSOR DE OFICIO - Calidades	(Sentencia SU-044/95)	664
DEFENSOR DE OFICIO - Obligatoriedad	(Sentencia C-071/95)	364
DEMANDA DE TUTELA - Improcedencia de rechazo in limine	(Sentencia T-022/95)	530
DEMANDA DE TUTELA - Nombres de accionantes	(Sentencia T-049/95)	720
DEMOCRACIA ECONOMICA	(Sentencia C-028/95)	 83
DEMOCRACIA INDUSTRIAL	(Sentencia C-028/95)	 83
DEMOCRATIZACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA	(Sentencia C-028/95)	 83
DERECHO A LA ALIMENTACION	(Sentencia T-049/95)	722
DERECHO A LA COMUNICACION - Alcance	(Sentencia T-032/95)	576
DERECHO A LA COMUNICACION - Instalación de teléfono	(Sentencia T-032/95)	576
DERECHO A LA DEFENSA TECNICA	(Sentencia SU-044/95)	663
DERECHO A LA EDUCACION DE HOMOSEXUALES - Salvamento de voto-	(Sentencia T-037/95)	643
DERECHO A LA EDUCACION DE MENORES DISMINUIDOS	(Sentencia T-049/95)	722
DERECHO A LA EDUCACION - Nota académica	(Sentencia T-061/95)	826
DERECHO A LA EDUCACION - Sanción por no participar en desfile	(Sentencia T-075/95)	933
DERECHO A LA IGUALDAD	(Sentencia T-059/95)	808
DERECHO A LA IGUALDAD DE ACCESO A LA FUNCION PUBLICA	(Sentencia C-041/95)	192

DERECHO A LA IGUALDAD DE HOMOSEXUALES - Salvamento de voto-	(Sentencia T-037/95)	642
DERECHO A LA IGUALDAD POR NO NOMBRAMIENTO	(Sentencia SU-044/95)	685
DERECHO A LA IGUALDAD - Violación por falta de defensa	(Sentencia SU-044/95)	664
DERECHO A LA IMPUGNACION	(Auto 009/95)	 39
DERECHO A LA IMPUGNACION - Improcedencia de la extemporaneidad	(Auto 009/95)	 39
DERECHO A LA IMPUGNACION - No sustentación	(Auto 004/95)	 13
DERECHO A LA IMPUGNACION - No sustentación	(Auto 004A/95)	 16
DERECHO A LA IMPUGNACION-No sustentación	(Auto 007/95)	 33
DERECHO A LA INFORMACION	(Sentencia SU-056/95)	754
DERECHO A LA INFORMACION	(Sentencia T-074/95)	918
DERECHO A LA INFORMACION EN INSTITUCIONES FINANCIERAS	(Sentencia C-053/95)	234
DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA DE LOS NIÑOS	(Sentencia T-049/95)	722
DERECHO A LA INTIMIDAD	(Sentencia SU-056/95)	754
DERECHO A LA INTIMIDAD - Actos públicos	(Sentencia T-034/95)	599
DERECHO A LA INTIMIDAD - Núcleo esencial	(Sentencia T-066/95)	877
DERECHO A LA INTIMIDAD - Personajes Públicos	(Sentencia SU-056/95)	757
DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION	(Sentencia T-059/95)	808
DERECHO A LA PARTICIPACION POLITICA	(Sentencia T-059/95)	808
DERECHO A LA PAZ	(Sentencia T-066/95)	878
DERECHO A LA PAZ - No fundamental	(Sentencia C-055/95)	259
DERECHO A LA RECREACION DE MENORES DISMINUIDOS	(Sentencia T-049/95)	722
DERECHO A LA RECTIFICACION	(Sentencia T-074/95)	919
DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS - Protección estatal	(Sentencia SU-043/95)	646

DERECHO A LA SALUD DE MENORES DISMINUIDOS	(Sentencia T-049/95)	722
DERECHO A LA SALUD - Amenaza	(Sentencia T-062/95)	839
DERECHO A LA SALUD - Atención al paciente	(Sentencia SU-043/95)	646
DERECHO A LA SEGURIDAD	(Sentencia T-066/95)	878
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL	(Sentencia SU-043/95)	646
DERECHO A LA VIDA DE LOS NIÑOS - Condiciones infrahumanas	(Sentencia T-049/95)	721
DERECHO A VIVIENDA DIGNA - Conexidad	(Sentencia T-021/95)	512
DERECHO AL AMBIENTE SANO	(Sentencia T-062/95)	838
DERECHO AL BUEN NOMBRE	(Sentencia SU-056/95)	754
DERECHO AL CUIDADO Y AL AMOR	(Sentencia T-049/95)	722
DERECHO AL CUIDADO Y AL AMOR	(Sentencia T-078/95)	963
DERECHO AL PAGO OPORTUNO DEL SALARIO	(Sentencia T-063/95)	847
DERECHO AL TRABAJO - Alcance	(Sentencia T-047/95)	694
DERECHO AL TRABAJO - Condiciones dignas y justas	(Sentencia T-046/95)	685
DERECHO AL TRABAJO - Condiciones dignas y justas	(Sentencia T-063/95)	847
DERECHO AL TRABAJO - Naturaleza	(Sentencia T-047/95)	694
DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS	(Sentencia C-053/95)	235
DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	(Sentencia T-067/95)	889
DERECHO DE AUTOR - Intangibilidad de la obra	(Sentencia SU-056/95)	756
DERECHO DE DEFENSA DEL SINDICADO	(Sentencia SU-044/95)	663
DERECHO DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD - Protección	(Sentencia T-036/95)	619
DERECHO DE PETICION - Motivos de interés particular	(Sentencia T-050/95)	745
DERECHO DE PETICION - Pronta resolución	(Sentencia T-076/95)	946

DERECHO DE PETICION - Término	(Sentencia T-076/95)	946
DERECHO DE PETICION - Término para resolver	(Sentencia T-022/95)	530
DERECHO DE POSESION	(Sentencia T-077/95)	955
DERECHO DEL AUTOR - Intangibilidad de la obra	(Sentencia SU-056/95)	756
DERECHO PENAL - Teorías peligrosistas	(Sentencia C-038/95)	134
DERECHO PROCESAL	(Sentencia C-029/95)	100
DERECHO PROCESAL - Finalidad	(Sentencia C-029/95)	100
DERECHO SUSTANCIAL	(Sentencia C-029/95)	100
DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD - Pago y reajuste oportuno de pensiones	(Sentencia T-025/95)	564
DERECHO DE LOS INTERNOS	(Sentencia T-065/95)	865
DERECHOS DE LOS INTERNOS A LA NOTIFICACION PERSONAL	(Auto 009/95)	 39
DERECHOS DE LOS NIÑOS	(Sentencia T-049/95)	721
DERECHOS - Límites	(Sentencia T-047/95)	694
DESPACHOS PUBLICOS - Ubicación	(Sentencia T-066/95)	877
DIGNIDAD HUMANA DE LOS INTERNOS	(Sentencia T-065/95)	865
DIGNIDAD HUMANA - DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD	(Sentencia T-036/95)	619
DISCRECIONALIDAD	(Sentencia C-031/95)	113
DISTRITO CAPITAL - Responsabilidad por deslizamientos de tierra	(Sentencia T-021/95)	512
EJECUCION DE OBRAS PUBLICAS EN TUTELA - Improcedencia	(Sentencia T-033/95)	590
EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES	(Sentencia T-045/95)	677
ENAJENACION DE ACCIONES - Sistema de martillo	(Sentencia C-028/95)	 84
ERROR JUDICIAL	(Sentencia T-057/95)	778
ESTATUTO DE BOGOTA	(Sentencia C-042/95)	206
ESTUDIANTE DE DERECHO	(Sentencia SU-044/95)	663

ESTUDIANTE - Promedio de notas	(Sentencia T-035/95)	606
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Aplicación	(Sentencia C-069/95)	342
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Procedencia	(Sentencia T-063/95)	848
FABRICACION DE ARMAS	(Sentencia C-038/95)	135
FACULTAD LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL - Aclaración de voto-	(Sentencia C-026/95)	 73
FACULTADES EXTRAORDINARIAS	(Sentencia C-051/95)	216
FACULTADES EXTRAORDINARIAS - Límites	(Sentencia C-039/95)	157
FOGAFIN - Naturaleza	(Sentencia C-053/95)	234
FOGAFIN - Reserva de información	(Sentencia C-053/95)	234
GASTO SOCIAL	(Sentencia T-049/95)	720
GUERRILLA - Difusión de comunicados	(Sentencia C-055/95)	260
HOMOSEXUALISMO	(Sentenciá T-037/95)	629
HOMOSEXUALISMO EN LAS FUERZAS MILITARES	(Sentencia T-037/95)	628
HOMOSEXUALISMO EN LAS FUERZAS MILITARES -Salvamento de voto-	(Sentencia T-037/95)	642
HOSPICIOS - Humanización	(Sentencia T-049/95)	721
IGUALDAD ANTE LA LEY	(Sentencia T-037/95)	629
IGUALDAD DE OPORTUNIDADES	(Sentencia T-047/95)	695
INCIDENTE DE RESTITUCION DE LA POSESION	(Sentencia T-077/95)	955
INEMBARGABILIDAD DE BIENES DEL ESTADO - Excepciones en materia laboral	(Sentencia T-025/95)	563
INTERPRETACION CONSTITUCIONAL	(Sentencia C-055/95)	257
INTERPRETACION JURIDICA - Principios	(Sentencia T-058/95)	797
ISS - Cobertura familiar	(Sentencia SU-043/95)	646
ISS - Cobertura familiar	(Sentencia T-020/95)	465
IUS PUNIENDI	(Sentencia C-038/95)	133
JUEZ DE EJECUCION DE PENAS - Competencia		865

para conocer acción de tutela	(Sentencia T-065/95)	
JUEZ DE TUTELA - Facultades	(Sentencia T-036/95)	618
JUEZ DE TUTELA - Orden de suspender servicio	(Sentencia T-023/95)	542
JUEZ LABORAL - Requerimiento para cumplimiento de órdenes de embargo	(Sentencia T-025/95)	563
JUEZ - Identificación del derecho vulnerado	(Sentencia T-062/95)	838
JURISDICCION CONSTITUCIONAL	(Auto 010/95)	 49
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	(Sentencia T-022/95)	529
JURISDICCION CONSTITUCIONAL	(Sentencia T-080/95)	991
LEGISLADOR FRENTE A LA CONSTITUCION - Facultades y límites	(Sentencia C-038/95)	133
LEGITIMACION POR ACTIVA	(Sentencia T-023/95)	542
LEGITIMACION POR ACTIVA	(Sentencia T-033/95)	590
LEGITIMACION POR ACTIVA	(Sentencia T-065/95)	866
LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL - Corrección	(Auto 006/95)	 25
LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL - Modificación	(Auto 006/95)	 25
LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL - Vicio de procedimiento	(Auto 006/95)	 25
LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL - Vicio subsanable	(Auto 006/95)	 25
LEY APROBATORIA DE TRATADO - Vicio Subsanable	(Auto 005/95)	 19
LEY APROBATORIA DE TRATADOS - Constitucionalidad formal	(Sentencia C-070/95)	401
LEY - Vicio subsanable	(Sentencia C-055/95)	256
LIBERTAD DE CONCIENCIA - Conflicto de derechos -Aclaración de voto-	(Sentencia T-075/95)	944
LIBERTAD DE CONCIENCIA - Testigo de Jehová	(Sentencia T-075/95)	933
LIBERTAD DE CONFIGURACION POLITICA DEL LEGISLADOR	(Sentencia C-038/95)	133

LIBERTAD DE EXPRESION	(Sentencia SU-056/95)	755
LIBERTAD DE EXPRESION - Autor de libro	(Sentencia SU-056/95)	755
LIBERTAD DE INFORMACION - Exigencias	(Sentencia SU-056/95)	755
LIBERTAD DE LOCOMOCION - Obstrucción	(Sentencia T-066/95)	877
LIBRO "LA BRUJA"	(Sentencia SU-056/95)	756
LIBRO - Creación literaria	(Sentencia SU-056/95)	757
LISTA DE ELEGIBLES - Estricto orden de méritos	(Sentencia C-041/95)	192
MANIFESTACION - Toma de fotografías	(Sentencia T-034/95)	599
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL	(Sentencia T-064/95)	857
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL	(Sentencia T-067/95)	890
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL - Eficacia	(Sentencia T-077/95)	954
MEDIOS DE COMUNICACION	(Sentencia T-059/95)	808
MEDIOS DE COMUNICACION - Pluralismo	(Sentencia T-059/95)	808
MEDIOS DE COMUNICACION - Responsabilidad por informaciones sin autor conocido	(Sentencia T-074/95)	919
MENOR ADOPTADO	(Sentencia T-078/95)	963
MENOR DE EDAD - Protección	(Sentencia T-020/95)	465
MENOR DISMINUIDO - Protección	(Sentencia T-049/95)	721
MENOR ENFERMO - Curación	(Sentencia T-020/95)	465
MENOR ENFERMO - Protección	(Sentencia SU-043/95)	646
MINISTRO DELEGATARIO - Expedición de Decretos - leyes	(Sentencia C-039/95)	157
MONOPOLIO DE ARMAS	(Sentencia C-038/95)	.....134, 135
NEGLIGENCIA ADMINISTRATIVA	(Sentencia T-062/95)	838
NORMAS URBANISTICAS - Acatamiento	(Sentencia T-066/95)	878
NOTIFICACION DE TUTELA	(Auto 009/95)	 39
NOTIFICACION POR FAX	(Auto 009/95)	 39
NULIDAD PROCESAL POR FALTA DE NOTIFICACION	(Auto 009/95)	 39

NULIDAD PROCESAL SANEABLE	(Sentencia T-080/95)	991
PARCIALIDAD POLITICA - Falta de pruebas	(Sentencia T-059/95)	808
PATRONOS SIN ANIMO DE LUCRO - Desmedro de trabajadores	(Sentencia C-051/95)	216
PENA - Clasificación	(Sentencia C-026/95)	 63
PENA - Finalidad	(Sentencia C-026/95)	 63
PENSION DE JUBILACION	(Sentencia T-064/95)	857
PERJUICIO IRREMEDIABLE - Extrema necesidad	(Sentencia T-077/95)	954
PERSONAL DOCENTE - Doble asignación	(Sentencia T-064/95)	857
PERTURBACION AMBIENTAL	(Sentencia C-062/95)	839
PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE - Falta de firma de ponente	(Sentencia C-055/95)	258
PONENCIA - Referencia a todas las propuestas	(Sentencia C-055/95)	259
PORTE DE ARMAS	(Sentencia T-038/95)	135
PORTE DE ARMAS - Autorización	(Sentencia C-031/95)	114
PORTE DE ARMAS - Permisos	(Sentencia C-038/95)	135
PORTE DE ARMAS - Reglamentación	(Sentencia C-031/95)	114
PORTE ILICITO DE ARMAS - Penalización	(Sentencia C-038/95)	134
PRESTACIONES SOCIALES COMPLETAS	(Sentencia C-051/95)	217
PRESTACIONES SOCIALES - Pago	(Sentencia T-067/95)	890
PRESUNCION DE BUENA FE DEL PERIODISTA	(Sentencia SU-056/95)	755
PRESUNCION DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY	(Sentencia C-055/95)	257
PRESUNCION DE INDEPENDENCIA ECONOMICA	(Sentencia T-058/95)	796
PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS	(Sentencia T-078/95)	963
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	(Sentencia C-029/95)	100
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	(Sentencia T-062/95)	838
PRINCIPIO DE AUTODETERMINANCION DE LOS PUEBLOS	(Sentencia C-073/95)	415

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN PROCESOS DISCIPLINARIOS	(Sentencia T-037/95)	628
PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS NORMAS LABORALES - Carga de la prueba	(Sentencia T-079/95)	970
PRINCIPIO DE JUSTICIA - Violación	(Sentencia C-041/95)	191
PRINCIPIO DE LA BUENA FE	(Sentencia T-046/95)	685
PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Violación	(Sentencia C-041/95)	191
PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LA JUSTICIA MATERIAL	(Sentencia T-058/95)	796
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION PUBLICA	(Sentencia C-053/95)	235
PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD	(Sentencia C-055/95)	257
PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES - Violación	(Sentencia T-025/95)	563
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL	(Sentencia T-021/95)	512
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL - Desarrollo	(Sentencia C-071/95)	364
PRINCIPIO TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL - Término de comparación	(Sentencia T-079/95)	970
PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	(Sentencia T-079/95)	970
PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO - Interpretación de normas procesales	(Sentencia C-029/95)	101
PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES- Aplicación Inmediata	(Sentencia T-079/95)	970
PROCESO DE SEPARACION DE BIENES	(Sentencia T-058/95)	797
PROCESO DISCIPLINARIO	(Sentencia T-037/95)	628
PROCESO DISCIPLINARIO POR CONDUCTA HOMOSEXUAL - Salvamento de voto-	(Sentencia T-037/95)	643
PROCESO EJECUTIVO	(Sentencia T-057/95)	776
PROCESO LABORAL - Indemnización compensatoria	(Sentencia T-067/95)	889
PROCESO POLICIVO	(Sentencia T-048/95)	707
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - No declaratoria de impedimento	(Sentencia C-052/95)	228

PROHIBICION DE BEBIDAS ALCOHOLICAS	(Sentencia C-026/95)	 63
PROHIBICION DE BEBIDAS ALCOHOLICAS - Aclaración de voto-	(Sentencia C-026/95)	 73
PROMULGACION DE LA LEY - Vicio subsanable	(Sentencia C-055/95)	257
PROPAGANDA POLITICA	(Sentencia T-059/95)	808
PROPIEDAD ACCIONARIA - Condiciones especiales	(Sentencia C-028/95)	 84
PROYECTO DE LEY - Acumulación	(Sentencia C-072/95)	379
PROYECTO DE LEY - Requisito para que sea ley	(Sentencia C-072/95)	378
PROYECTO DE LEY - Trámite preferencial	(Sentencia C-072/95)	378
QUORUM DECISORIO	(Auto 006/95)	 25
RECTIFICACION DE INFORMACION FALSA	(Sentencia T-074/95)	919
RECTIFICACION DE INFORMACION - Carga de la prueba	(Sentencia SU-056/95)	755
RECTIFICACION DE INFORMACION - Improcedencia	(Sentencia SU-056/95)	756
RECTIFICACION DE INFORMACION - Naturaleza	(Sentencia T-074/95)	919
RECTIFICACION DE INFORMACION - Oportunidad	(Sentencia T-074/95)	920
RECURSOS NATURALES - Protección	(Sentencia C-073/95)	415
RECUSACION - Extemporaneidad	(Auto 008/95)	 37
REGLAMENTO CARCELARIO - Publicidad	(Sentencia T-065/95)	866
REGLAMENTO EDUCATIVO	(Sentencia T-035/95)	606
REGLAMENTO ESTUDIANTIL - Inconstitucionalidad	(Sentencia T-075/95)	933
REINTEGRO AL CARGO	(Sentencia T-067/95)	889
RENTAS PARA INVERSION SOCIAL	(Sentencia T-049/95)	720
RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN ASUNTOS PENALES	(Sentencia C-055/95)	259
RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN MATERIA DE JUSTICIA - Sentido restrictivo	(Sentencia C-055/95)	259

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA - Facultades del gobierno en estados de excepción	(Sentencia C-055/95)	259
RESERVA ESTATAL SOBRE ARMAS	(Sentencia C-038/95)	134
REVISTA SEMANA	(Sentencia T-074/95)	919
SALARIO - Nivelación	(Sentencia T-079/95)	971
SALUBRIDAD PUBLICA - Basuras	(Sentencia T-062/95)	838
SECRETO PROFESIONAL	(Sentencia T-074/95)	918
SECRETO PROFESIONAL DEL PERIODISTA	(Sentencia SU-056/95)	756
SEGURIDAD CARCELARIA - Uso de peluca	(Sentencia T-065/95)	866
SENA - Asociación con particulares	(Sentencia C-039/95)	158
SENA - Destino de aportes	(Sentencia C-039/95)	158
SENTENCIA DE TUTELA - Apelación en el efecto devolutivo	(Sentencia T-068/95)	906
SENTENCIA DE TUTELA - Competencia para el cumplimiento	(Sentencia T-049/95)	723
SENTENCIA DE TUTELA - Cumplimiento inmediato	(Sentencia T-068/95)	906
SENTENCIA DE TUTELA - Revisión en el efecto devolutivo	(Sentencia T-068/95)	906
SENTENCIA INHIBITORIA POR FALTA DE COMPETENCIA	(Sentencia C-042/95)	206
SENTENCIA - Cumplimiento	(Sentencia T-067/95)	889
SERVICIO DOMESTICO - Auxilio de cesantía	(Sentencia C-051/95)	217
SERVICIO PUBLICO DE ACUEDUCTO - Restablecimiento inmediato	(Sentencia T-023/95)	542
SERVICIO PUBLICO DE ACUEDUCTO - Suspensión	(Sentencia T-023/95)	542
SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION	(Sentencia T-035/95)	606
SERVICIOS PUBLICOS - Participación de la comunidad	(Sentencia T-032/95)	576
SERVIDUMBRE DE TRANSITO - Paso de Burro	(Sentencia T-036/95)	619
SERVIDUMBRE DE TRANSITO - Perturbación	(Sentencia T-036/95)	619

SERVIDUMBRE DE TRANSITO - Uso	(Sentencia T-048/95)	708
SERVIDUMBRES	(Sentencia T-048/95)	707
SOCIEDAD CONYUGAL - Disolución	(Sentencia T-058/95)	797
SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Circular inconstitucional	(Sentencia T-025/95)	563
SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	(Sentencia C-069/95)	342
SUSPENSION DE ACTO ADMINISTRATIVO POR TUTELA - Improcedencia	(Sentencia T-022/95)	530
SUSPENSION PROVISIONAL - Pérdida de fuerza ejecutoria	(Sentencia C-069/95)	341
SUSTITUCION PENSIONAL - Hija inválida y casada	(Sentencia T-058/95)	796
SUSTITUCION PENSIONAL - Improcedencia por no cohabitar	(Sentencia T-022/95)	529
SUSTITUCION PENSIONAL - Respuesta de la Administración	(Sentencia T-050/95)	745
TELECOM	(Sentencia T-046/95)	685
TEMBLORES DE TIERRA	(Sentencia T-021/95)	512
TORTURA	(Sentencia T-045/95)	677
TRABAJADOR - Suministro de elementos de trabajo	(Sentencia T-024/95)	551
TRABAJADOR - Trato discriminatorio	(Sentencia T-024/95)	551
TRABAJO FORZOSO	(Sentencia C-071/95)	364
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO	(Sentencia T-057/95)	776
TRONCAL DEL CARIBE	(Sentencia T-048/95)	708
TUTELA CONTRA AUTORIDAD PUBLICA POR OMISION - Mora en el pago	(Sentencia T-063/95)	847
TUTELA CONTRA AUTORIDAD PUBLICA POR OMISION	(Sentencia T-050/95)	746
TUTELA CONTRA BANCO - Incumplimiento de órdenes de embargo	(Sentencia T-025/95)	564
TUTELA CONTRA BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA?	(Sentencia T-049/95)	721

TUTELA CONTRA DECISIONES EN PROCESOS POLICIVOS	(Sentencia SU-044/95)	664
TUTELA CONTRA ENTIDADES DETERMINADAS	(Sentencia T-049/95)	720
TUTELA CONTRA EX-COMPAÑERO PERMANENTE	(Sentencia T-045/95)	677
TUTELA CONTRA INSTITUCION UNIVERSITARIA - Socio invidente	(Sentencia T-024/95)	551
TUTELA CONTRA LOS HIJOS - Venta de inmueble	(Sentencia T-060/95)	818
TUTELA CONTRA MEDIOS DE COMUNICACION	(Sentencia T-074/95)	918
TUTELA CONTRA PARTICULARES	(Sentencia T-024/95)	551
TUTELA CONTRA PARTICULARES - Indefensión	(Sentencia T-036/95)	618
TUTELA CONTRA PERSONAS DETERMINADAS	(Sentencia T-049/95)	720
TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES	(Sentencia T-048/95)	708
TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES	(Sentencia T-057/95)	778
TUTELA CONTRA REGISTRADURIA	(Sentencia T-066/95)	877
TUTELA INTERPUESTA ANTE CORPORACIONES JUDICIALES NACIONALES - Devolución de la demanda	(Auto 010/95)	 49
TUTELA INTERPUESTA POR CONCEJAL	(Sentencia T-023/95)	542
TUTELA INTERPUESTA POR LA PROCURADURIA	(Sentencia T-049/95)	720
TUTELA PRESENTADA ANTE CORPORACIONES JUDICIALES NACIONALES	(Sentencia T-080/95)	992
TUTELA TRANSITORIA	(Sentencia T-064/95)	857
TUTELA TRANSITORIA - Vigencia de la orden judicial	(Sentencia T-048/95)	708
UNIVERSIDAD DE SUCRE	(Sentencia T-047/95)	696
UNIVERSIDAD SUCRE	(Sentencia T-061/95)	826
VIA DE HECHO POR DECLARATORIA DE INCOMPETENCIA	(Sentencia T-057/95)	778
VIOLENCIA MORAL	(Sentencia T-060/95)	818
VISITAS EN LAS CARCELES - Regulación	(Sentencia T-065/95)	866
VIVIENDA-Dificultad para ingresar	(Sentencia T-066/95)	877

ZONA DE ALTO RIESGO - Deber del Estado de adquirir inmuebles (Sentencia T-021/95) 512

ZONA RESIDENCIAL (Sentencia T-066/95) 877

ZONA RESIDENCIAL-Basuras (Sentencia T-062/95) 839

Biblioteca Jurídica Diké realizó la edición de la obra
"Gaceta de la Corte Constitucional (febrero)
Tomo II de 1995" y terminó su impresión en
el mes de diciembre de 1995

Ivstitia et Littetae