GACETA JUDICIAL
83

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1998

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA
DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL

1998

MAYO

ORGANO OFICIAL DE DIVULGACION
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

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

CORTE CONSTITUCIONAL

1998

MAGISTRADOS

VLADIMIRO NARANJO MESA
Presidente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Vicepresidente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ
Magistrada (E.)

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA
Relatora de Constitucionalidad

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Relator de Tutela

SUMARIO
MAYO DE 1998
AUTOS

Pág.

Auto 018 de mayo 6 de 1998 13
Auto 019 de mayo 18 de 1998 18
Auto 020 de mayo 26 de 1998 21
Auto 020A de mayo 27 de 1998 27

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Sentencia C-177 de mayo 4 de 1998 33
Sentencia C-183 de mayo 6 de 1998 70
Sentencia C-184 de mayo 6 de 1998 98
Sentencia C-185 de mayo 6 de 1998 137
Sentencia C-186 de mayo 6 de 1998 145
Sentencia C-187 de mayo 6 de 1998 151
Sentencia C-188 de mayo 6 de 1998 162
Sentencia C-189 de mayo 6 de 1998 173
Sentencia C-190 de mayo 6 de 1998 196
Sentencia C-191 de mayo 6 de 1998 199
Sentencia C-192 de mayo 6 de 1998 221
Sentencia C-193 de mayo 7 de 1998 228
Sentencia C-194 de mayo 7 de 1998 239
Sentencia C-198 de mayo 13 de 1998 288
Sentencia C-199 de mayo 13 de 1998 297
Sentencia C-200 de mayo 13 de 1998 318
Sentencia C-201 de mayo 13 de 1998 328
Sentencia C-202 de mayo 13 de 1998 347
Sentencia C-228 de mayo 20 de 1998 354

Pág.

Sentencia C-229 de mayo 20 de 1998 360
Sentencia C-230 de mayo 20 de 1998 372
Sentencia C-231 de mayo 20 de 1998 381
Sentencia C-232 de mayo 20 de 1998 387
Sentencia C-233 de mayo 20 de 1998 399
Sentencia C-234 de mayo 20 de 1998 407
Sentencia C-251 de mayo 26 de 1998 409
Sentencia C-252 de mayo 26 de 1998 448
Sentencia C-254 de mayo 27 de 1998 458
Sentencia C-255 de mayo 27 de 1998 472
Sentencia C-256 de mayo 27 de 1998 478
Sentencia C-257 de mayo 27 de 1998 510

SENTENCIAS SOBRE OBJECIONES PRESIDENCIALES

Sentencia C-196 de mayo 13 de 1998 519
Sentencia C-197 de mayo 13 de 1998 529

SENTENCIAS SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES

Sentencia C-226 de mayo 13 de 1998 547
Sentencia C-227 de mayo 20 de 1998 566

SENTENCIAS DE TUTELA

Sentencia T-174 de mayo 4 de 1998 581
Sentencia T-175 de mayo 4 de 1998 588
Sentencia T-176 de mayo 4 de 1998 591
Sentencia T-178 de mayo 6 de 1998 597
Sentencia T-179 de mayo 6 de 1998 602
Sentencia T-180 de mayo 6 de 1998 607
Sentencia T-181 de mayo 6 de 1998 612
Sentencia T-203 de mayo 13 de 1998 617
Sentencia T-204 de mayo 13 de 1998 623
Sentencia T-205 de mayo 13 de 1998 637
Sentencia T-206 de mayo 14 de 1998 643
Sentencia T-207 de mayo 14 de 1998 647
Sentencia T-208 de mayo 14 de 1998 651
Sentencia T-209 de mayo 14 de 1998 657
Sentencia T-210 de mayo 14 de 1998 660

Pág.

Sentencia T-211 de mayo 14 de 1998 664
Sentencia T-212 de mayo 14 de 1998 667
Sentencia T-213 de mayo 14 de 1998 671
Sentencia T-214 de mayo 14 de 1998 675
Sentencia T-215 de mayo 14 de 1998 681
Sentencia T-216 de mayo 14 de 1998 683
Sentencia T-217 de mayo 14 de 1998 686
Sentencia T-218 de mayo 15 de 1998 689
Sentencia T-219 de mayo 15 de 1998 697
Sentencia T-220 de mayo 14 de 1998 703
Sentencia T-221 de mayo 18 de 1998 707
Sentencia T-222 de mayo 18 de 1998 711
Sentencia T-223 de mayo 18 de 1998 714
Sentencia T-235 de mayo 21 de 1998 725
Sentencia T-236 de mayo 21 de 1998 733
Sentencia T-237 de mayo 21 de 1998 744
Sentencia T-238 de mayo 21 de 1998 747
Sentencia T-239 de mayo 21 de 1998 752
Sentencia T-240 de mayo 21 de 1998 757
Sentencia T-241 de mayo 21 de 1998 760
Sentencia T-242 de mayo 21 de 1998 767
Sentencia T-243 de mayo 21 de 1998 771
Sentencia T-244 de mayo 21 de 1998 782
Sentencia T-245 de mayo 26 de 1998 795
Sentencia T-246 de mayo 26 de 1998 808
Sentencia T-247 de mayo 26 de 1998 816
Sentencia T-248 de mayo 26 de 1998 826
Sentencia T-249 de mayo 26 de 1998 832
Sentencia T-258 de mayo 27 de 1998 841
Sentencia T-259 de mayo 27 de 1998 847
Sentencia T-260 de mayo 27 de 1998 859
Sentencia T-261 de mayo 28 de 1998 865
Sentencia T-262 de mayo 28 de 1998 876

Pág.

Sentencia T-263 de mayo 28 de 1998 884
Sentencia T-264 de mayo 29 de 1998 917
Sentencia T-265 de mayo 29 de 1998 921
Sentencia T-266 de mayo 29 de 1998 925
Sentencia T-267 de mayo 29 de 1998 928

SENTENCIAS DE UNIFICACION DE TUTELAS DE SALA PLENA

Sentencia SU-182 de mayo 6 de 1998 935
Sentencia SU-195 de mayo 7 de 1998 999
Sentencia SU-224 de mayo 20 de 1998 1015
Sentencia SU-225 de mayo 20 de 1998 1031
Sentencia SU-250 de mayo 26 de 1998 1071
Sentencia SU-253 de mayo 27 de 1998 1106

AUTOS
MAYO
1998

AUTO 018
mayo 6 de 1998

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Rechazo por existir cosa juzgada absoluta

La Sala comparte los razonamientos expuestos en el auto que rechazó la demanda, porque conforme a reiterada jurisprudencia cuando la Corte no limita los efectos de su decisión, se entiende que en la confrontación de la norma acusada se ha hecho con referencia a todos los preceptos de la Constitución y, por lo tanto, opera el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, a menos que, como lo ha admitido excepcionalmente, la naturaleza y especificidad del cargo que se formule en una nueva demanda permita inferir razonablemente que la Corte que no se ocupó del asunto en su pronunciamiento anterior.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No es función de la Corte prevenir errores de interpretación de la norma

El control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional comporta una confrontación entre la norma acusada y la Constitución, con la finalidad de determinar si aquélla se ajusta o no a los preceptos de ésta. En tal virtud, no es función de la Corte, como lo pretende el demandante prevenir posibles errores de interpretación de la norma, ni mucho menos fijar el alcance de disposiciones dispersas que configuran unidad normativa, porque ello corresponde a las autoridades competentes para aplicarlas y, de otra parte, escapa a las competencias que en materia de control constitucional le han sido asignadas.

Referencia: Expediente D-1991.

Recurso de súplica contra el auto proferido por el Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, mediante el cual se rechazó la demanda interpuesta contra el artículo 175 de la Ley 200 de 1995.

Actor: Nelson Iván Zamudio Arenas.

Magistrado Ponente: Doctor ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a resolver el recurso de súplica interpuesto, en tiempo oportuno, por el ciudadano Nelson Iván Zamudio Arenas, contra el auto del 2 de abril del año en curso, por medio del cual el Magistrado Sustanciador, Doctor Valdimiro Naranjo Mesa, rechazó la demanda formulada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, contra el artículo 175 de la Ley 200 de 1995.

I. ANTECEDENTES.

1. El ciudadano Nelson Zamudio Arenas demandó la inexequibilidad de algunos apartes de los artículos 5°, 175 y 177 de la Ley 200 de 1995.

2. Mediante auto de abril 2 de 1998 el Magistrado Sustanciador, doctor Vladimiro Naranjo Mesa, a quien correspondió por reparto el conocimiento del proceso, resolvió rechazar la demanda en relación con el artículo 175 de dicha ley, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Que sobre el artículo 175 de la Ley 200 de 1995 existe cosa juzgada constitucional en razón de que esta Corporación, mediante sentencia C-310/97, decidió declararlo en su totalidad exequible por considerar que no vulneraba disposición constitucional alguna"

"Que por haber sido ya revisada la norma por parte de esta Corporación, no es de recibo la solicitud presentada por el demandante para que se la vuelva a analizar, tanto más cuanto que los cargos que hoy se formulan fueron estudiados en su oportunidad en la sentencia C-310/97. La Corte Constitucional ha reiterado en prolija jurisprudencia que el principio de la Cosa Juzgada Constitucional implica '...el carácter definitivo e incontrovertible de las sentencias que aquélla pronuncia, de manera tal que sobre el tema tratado no puede volver a plantearse litigio alguno, (Sentencia C-397/95, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)"

3. El demandante sustenta su recurso, con fundamento en los siguientes argumentos:

"... no se está discutiendo la inconstitucionalidad desde el punto de vista de su confrontación directa con el precepto constitucional, sino desde el hecho que una errada interpretación puede llegar a ocasionar, por ello se pretende que se fije su alcance respecto a la interpretación integral de la Ley 200 de 1995 (arts. 5, 175 y 177) frente a los artículos 29 y 217 constitucionales, esto en lo atinente al régimen especial disciplinario de las Fuerzas Militares, en lo que se conoce como una unidad normativa. Es decir que la demanda de inconstitucionalidad pretendida contra el artículo 175 de la Ley 200 de 1995, no nace de que se reviva el litigio resuelto en la sentencia C-310/97, sino que plantea otro problema jurídico: El de fijar su alcance frente a la unidad normativa, razón por la cual la cosa juzgada constitucional tiene que ceder ante el interés jurídico de primacía de la Constitución y guarda del interés jurídico..."

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La Corte Constitucional en la sentencia C-310 de 1997[1], en virtud de la cual declaró exequible el artículo 175 de la Ley 200 de 1995, expuso como fundamento de su decisión lo siguiente:

> *"De acuerdo con este artículo 'En los procesos disciplinarios que se adelanten contra los miembros de la fuerza pública se aplicarán las normas sustantivas contenidas en sus respectivos estatutos disciplinarios especiales con observancia de los principios rectores y por el procedimiento señalado en este código, cualquiera sea la autoridad que adelante la investigación'. El actor considera que el aparte resaltado lesiona el artículo 13 de la Constitución, al excluir a los miembros de la fuerza pública de la aplicación de la restante preceptiva disciplinaria, aparentemente sin justificación objetiva y razonable, pues 'independientemente de su formación especializada, del rigor monástico y jerárquico que caracteriza sus organizaciones', es importante que la fuerza pública 'comience también por vía de las nuevas indicaciones disciplinarias, a familiarizarse con los valores que nutren la nueva Carta Fundamental'. A pesar de que el demandante sólo acusa un aparte de la norma, la Corte se pronunciará sobre todo el artículo pues para decidir es necesario analizarlo en su integridad"*
>
> *"La Ley 200 de 1995 que contiene el denominado Código Disciplinario Unico, señala en su artículo 20 cuáles son los destinatarios de la misma, así: "Los miembros de las*

[1] Carlos Gaviria Díaz.

corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión de la lucha ciudadana contra la corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política"

"Tal disposición que debe interpretarse en concordancia con la norma demandada y con el artículo 177 del mismo ordenamiento, que reza: 'Esta ley regirá cuarenta y cinco (45) días después de su sanción, será aplicada por la Procuraduría General de la Nación, por los personeros, por las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios y por todos los servidores públicos que tengan competencia disciplinaria; se aplicará a todos los servidores públicos sin excepción alguna y deroga las disposiciones generales o especiales que regulen materias disciplinarias a nivel nacional, departamental, distrital o municipal, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de este código ...," (subrayas fuera de texto).

"Estos dos preceptos legales han sido objeto de estudio por parte de esta Corporación, al resolver demandas contra ellos y se han declarado exequibles.(ver sents. C-280/96, C-286/96 y C-341/96)

"En relación con la unificación de estatutos y su obligatoriedad para todos los servidores públicos excepto los regidos por normas especiales, como son los miembros de la Fuerza Pública, afirmó la Corte que "si el legislador pretendía por medio del CDU (Código Disciplinario Unico) unificar el derecho disciplinario, es perfectamente razonable que sus artículos se apliquen a todos los servidores públicos y deroguen los regímenes especiales, como es obvio, con las excepciones establecidas en la Constitución. Tal es el caso de aquellos altos dignatarios que tienen fuero disciplinario autónomo, pues sólo pueden ser investigados por la Cámara de Representantes (CP art. 178) o de los miembros de la Fuerza Pública, pues en este caso la propia Carta establece que ellos están sujetos a un régimen disciplinario especial (CP arts. 217 y 218), debido a las particularidades de la función que ejercen...".

"En efecto: la facultad del legislador para establecer regímenes especiales de carácter disciplinario aplicables a los miembros de la Fuerza Pública (fuerzas militares y policía nacional), proviene de la misma Constitución, concretamente de los artículos 217 y 218 en cuyos apartes pertinentes se lee:

"La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio." (art. 217 inciso 2o.) Y en el inciso 1o. del artículo 218 se alude al de la Policía Nacional en estos términos: "La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario".

"¿Pero qué significa tener un régimen especial de carácter disciplinario? Simplemente que existe un conjunto de normas singulares o particulares en las que se consagran las faltas, las sanciones, los funcionarios competentes para imponerlas y el procedimiento o trámite que debe seguir el proceso respectivo, incluyendo términos, recursos, etc., aplicables a un determinado grupo de personas, en este caso a los miembros de las

Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que se distinguen de las que rigen para los demás servidores del Estado, debido a la específica función o actividad que les corresponde cumplir. Dicho régimen por ser especial prevalece sobre el general u ordinario, en este caso, sobre el Código Disciplinario Unico.

"Sin embargo, la norma demandada parcialmente, deja vigentes las disposiciones disciplinarias de carácter sustantivo que rigen a la Fuerza Pública y que están contenidas en tales estatutos especiales, disponiendo que éstas deberán aplicarse con observancia de los principios rectores contenidos en el Código Disciplinario Unico y siguiendo el procedimiento señalado en el mismo, lo cual no vulnera la Constitución, pues la remisión en estos aspectos no significa desconocimiento del régimen especial.

"Es que lo que en verdad diferencia los estatutos disciplinarios de las fuerzas militares y de la policía nacional frente a los demás regímenes de esta clase, es la descripción de las faltas en que pueden incurrir sus miembros y las sanciones que se les pueden imponer, precisamente por la índole de las funciones que están llamados a ejecutar, las que no se identifican con las de ningún otro organismo estatal.

"No sucede lo mismo con el procedimiento que se debe seguir para la aplicación de tales sanciones, pues éste sí puede ser igual o similar al que rige para los demás servidores públicos, de ahí que el legislador haya decidido establecer uno sólo, el consagrado en el Código Disciplinario Unico.

"En relación con este tema expresó la Corte en reciente sentencia (C-088/97), al referirse a la misma norma que es hoy objeto de acusación, "La salvedad que hizo el legislador obedeció, presumiblemente, a la idea de mantener un régimen especial disciplinario para la fuerza pública, en lo que concierne a los aspectos sustanciales, en atención a las especiales características de las funciones y actividades que cumplen sus miembros, que pueden ofrecer diferencias sustanciales con las que desarrollan el resto de los servidores del Estado. No obstante la conservación de dicho régimen excepcional para la fuerza pública, en los aspectos de orden sustancial propios de su estatuto disciplinario, el legislador consideró que debía establecer una unidad en los procedimientos para la determinación de la responsabilidad disciplinaria, por considerar que los aspectos procesales pueden ser materia de regulaciones comunes que, por tanto, pueden ser aplicables por igual para investigar y sancionar la conducta de cualquier servidor público que incurra en falta disciplinaria." (M. P. Antonio Barrera Carbonell).

"La existencia de estatutos especiales no impide al legislador incluir en ellos normas que se identifican con las de estatutos de carácter general o remitirse a normas que regulen materias semejantes, por el contrario, si ellas sustentan su contenido la reiteración es pertinente. Los principios rectores del proceso disciplinario -debido proceso, principio de legalidad, principio de favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, etc.- deben necesariamente identificarse, cualquiera que sea el régimen al que se pertenezca, pues se han instituido para garantizar al servidor público, objeto de investigación, el respeto de sus derechos constitucionales en el adelantamiento del proceso respectivo".

3. Como puede observarse en la aludida providencia la Corte analizó la constitucionalidad de la norma ahora demandada, específicamente frente a los artículos 13, 217 y 218 y, además, en relación con todas las normas de la Constitución.

La Sala comparte los razonamientos expuestos en el auto que rechazó la demanda, porque conforme a reiterada jurisprudencia cuando la Corte no limita los efectos de su decisión, se entiende que en la confrontación de la norma acusada se ha hecho con referencia a todos los preceptos de la Constitución y, por lo tanto, opera el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, a menos que, como lo ha admitido excepcionalmente, la naturaleza y especificidad del cargo que se formule en una nueva demanda permita inferir razonablemente que la Corte que no se ocupó del asunto en su pronunciamiento anterior.

El control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional comporta una confrontación entre la norma acusada y la Constitución, con la finalidad de determinar si aquélla se ajusta o no a los preceptos de ésta. En tal virtud, no es función de la Corte, como lo pretende el demandante prevenir posibles errores de interpretación de la norma, ni mucho menos fijar el alcance de disposiciones dispersas que configuran unidad normativa, porque ello corresponde a las autoridades competentes para aplicarlas y, de otra parte, escapa a las competencias que en materia de control constitucional le han sido asignadas.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que el inciso 4° del artículo 6° del Decreto 2067 de 1991 dispone que: "Se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada" y que en el presente asunto ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 243 de la Constitución Política y 46 del Decreto 2067 de 1991, no hay lugar a emitir un nuevo pronunciamiento sobre la norma acusada. Se impone, en consecuencia, la confirmación de la providencia recurrida, razón por la cual,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR el auto proferido por el Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa el 2 de abril de 1998, por medio del cual se rechazó la demanda instaurada por el ciudadano Nelson Iván Zamudio Arenas contra el artículo 175 de la Ley 200 de 1995.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO 019
mayo 18 de 1998

ACLARACION SENTENCIAS DE REVISION DE TUTELA-Improcedencia

SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Cumplimiento acorde a su literalidad y con exactitud

Los fallos que profiere la Corte Constitucional en ejercicio de la función que le confía el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución, en concordancia con el 86 ibidem, *deben ser cumplidos, como en general es necesario que ocurra con todas las providencias judiciales, en los términos precisos y específicos que de su literalidad resultan. No es admisible la extensión de los efectos de tales fallos a aspectos no considerados en el proceso correspondiente, menos todavía si al ampliar los efectos de la decisión judicial adoptada pueden resultar afectados derechos fundamentales, ya de las personas contra las cuales se han impartido las órdenes de tutela, o bien los de terceros no involucrados inicialmente en la controversia que se ha surtido en instancia y en sede de revisión. La autoridad administrativa a la cual se dirige la orden judicial de tutela, en caso de haber prosperado ésta, debe adoptar las medidas necesarias, dentro de su ámbito de competencia, para que el fallo sea cumplido con exactitud, obviamente en relación con los asuntos que fueron objeto de análisis en el curso del proceso.*

SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Necesidad de evitar interpretación inadecuada

SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Verificación de cumplimiento

Referencia: Expediente T-146492. Sentencia T-099/98.

Acción de Tutela instaurada por José Joaquín Manchola Muñoz contra el Alcalde Local de San Cristobal, el Director del DAMA y la Fábrica denominada "Vidriera Artesanal".

Magistrado Ponente: Doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

-Ante la Corte se han presentado varios trabajadores al servicio de la compañía "Vidriera Artesanal", para plantear la situación en que se encuentran en virtud de un cierre definitivo de la fábrica por decisión de la Alcaldesa Menor de San Cristóbal en Santa Fe de Bogotá, quien según ellos se funda, para mantener el cese en las actividades de la empresa, en el fallo T-099 del 24 de marzo de 1998, proferido por esta Sala.

-Simultáneamente, se han recibido varios escritos, firmados también por trabajadores de la empresa, así como por el abogado del dueño de la fábrica, Julio Vicente Pachón Bautista, en el mismo sentido, solicitando aclaración de la Sentencia.

-El 11 de mayo de 1998 se recibió comunicación del Gerente General de "Proexport Colombia", doctor Lázaro Mejía Arango, en la cual expone que los productos colombianos fabricados por "Vidriera Artesanal" entrarán en los mercados francés, español y portugués en el mes de septiembre del presente año; que a la fecha existen pedidos importantes por una cadena de hipermercados europeos, hasta ahora satisfechos en una tercera parte; y que es urgente el restablecimiento de las labores de la fábrica, con el fin de atender los compromisos contraídos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sobre la aclaración de sentencias de la Corte

El artículo 24 del Decreto 2067 de 1991 permitía a la Corte Constitucional aclarar el sentido de sus fallos, a partir de consultas elevadas por los jueces.

Esa norma fue declarada inexequible por la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993 (M.P.: Doctor Jorge Arango Mejía), en cuya parte motivo se dijo:

> *"Ni en las once funciones descritas en el artículo 241, ni en ninguna otra norma constitucional, se asigna a la Corte Constitucional la facultad de servir de órgano consultivo a los jueces. Y tampoco hay norma constitucional que les permita a éstos elevar tales consultas.*
>
> *De otra parte, la posibilidad de aclarar " los alcances de su fallo "no sólo atenta contra la cosa juzgada, sino que es contraria a la seguridad jurídica, uno de los fines fundamentales del derecho.*
>
> *Además, la existencia de múltiples aclaraciones, haría desordenada y caótica la jurisprudencia de la Corte.*
>
> *Sin que sobre advertir que si la ley, según la ficción universalmente aceptada, es conocida por todos, con mayor razón hay lugar a presumir que los jueces, generalmente graduados en Derecho, tienen la suficiente formación jurídica para leer y entender las sentencias de la Corte. Lo cual explica porqué la norma comentada, a más de ser inexequible, es inútil".*

Por tanto, no puede esta Sala acceder a la solicitud de aclaración del fallo de revisión de tutela en referencia, el cual, por otra parte, no necesita aclaración alguna, por cuanto su tenor es suficientemente explícito en el sentido de que el amparo concedido lo fue en relación con la inminente amenaza del derecho a la vida del peticionario y de sus familiares, en cuanto los elementos inflamables que se encontraban en las instalaciones de la fábrica "Vidriera Artesanal" significaban grave riesgo, por la falta de los requisitos mínimos de seguridad indispensables para su manipulación, motivo por el cual, en la parte resolutiva de la mencionada providencia se dispuso "ORDENAR al Alcalde Local de San Cristóbal que, si ya no lo hubiese hecho, proceda, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, a la suspensión de labores en la fábrica de vidrios denominada "Vidriera Artesanal", disponiendo lo necesario para el inmediato y definitivo retiro de los materiales inflamables y combustibles existentes en el lugar"(subraya la Sala).

Los fallos que profiere la Corte Constitucional en ejercicio de la función que le confía el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución, en concordancia con el 86 *ibidem,* deben ser cumplidos, como en general es necesario que ocurra con todas las providencias judiciales, en los términos precisos y específicos que de su literalidad resultan.

No es admisible la extensión de los efectos de tales fallos a aspectos no considerados en el proceso correspondiente, menos todavía si al ampliar los efectos de la decisión judicial adoptada pueden resultar afectados derechos fundamentales, ya de las personas contra las cuales se han impartido las órdenes de tutela, o bien los de terceros no involucrados inicialmente en la controversia que se ha surtido en instancia y en sede de revisión.

La autoridad administrativa a la cual se dirige la orden judicial de tutela, en caso de haber prosperado ésta, debe adoptar las medidas necesarias, dentro de su ámbito de competencia, para que el fallo sea cumplido con exactitud, obviamente en relación con los asuntos que fueron objeto de análisis en el curso del proceso. Penetrar en materias diversas, sin ceñirse a los alcances de la orden impartida, o interpretando erróneamente el sentido de lo resuelto, implica también desconocimiento de la sentencia judicial y puede entrañar exceso en el ejercicio de la autoridad.

Como en este caso se trata de evitar que una interpretación inadecuada acerca de la providencia de marras produzca efectos negativos en el ejercicio del derecho al trabajo de quienes laboran para la "Vidriera Artesanal", cuando el objeto del examen que en su momento efectuó la Corte no fue el de la operación de la fábrica en sí misma sino el del peligro que representaba la presencia en ella de ciertos materiales inflamables y combustibles, se estima necesario remitir las diligencias al juez de primera instancia, para que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, verifique si se ha dado exacto y fiel cumplimiento a la sentencia de la Corte en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales en ella considerados, de tal manera que, si así ha ocurrido, por haber cesado las circunstancias de peligro, permita restablecer aquellas actividades empresariales que no implican riesgo.

La Sala no entra a definir en esta ocasión aspecto alguno relativo a los fallos de tutela que por otros motivos se hayan proferido en relación con los actos administrativos o policivos dictados por la Alcaldía Local, en cuanto, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, ellos están sujetos a la revisión eventual de esta Corte. De tal manera que, en el caso de ser seleccionados para su examen, habrá de esperarse lo que la sala correspondiente decida.

DECISION

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Con miras a la verificación judicial inmediata acerca del cumplimiento de lo decidido en Sentencia T-099 del 24 de marzo de 1998, proferida por esta Sala, REMITENSE al Juez 29 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, ante quien se surtió la primera instancia en el respectivo proceso, las comunicaciones y escritos dirigidos a la Corte sobre el asunto en cuestión.

El juez indicado efectuará la verificación aludida a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese a los solicitantes, 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

AUTO 020
mayo 26 de 1998

NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION DE TERCERO CON INTERES LEGITIMO EN TUTELA-Iniciación de la acción

NULIDAD DE FALLO DE TUTELA

Referencia: Expediente T-147484.

Procedencia: Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

Accionantes: Alberto Valiente y otros.

Magistrado Ponente: Doctor ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

Ha pronunciado el siguiente

AUTO

ANTECEDENTES

1. Alberto Valiente Gaviria y otros, el 12 de agosto de 1997, instauraron acción de tutela en la Sala Laboral del Tribunal de Santa Fe de Bogotá, contra la Superintendencia de Sociedades, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, el representante legal de Conastil S. A. y su junta concordataria y contra el representante legal de Fiduanglo S. A.

2. Solicitaron en la tutela:

"1) Se ordene el PAGO INMEDIATO de las mesadas de jubilación, correspondientes a los meses de mayo (parcialmente), junio (completa), la adicional de junio (completa) y de julio del año en curso que se nos adeudan a los pensionados de la empresa Conastil S.A. en concordato. Así mismo, se cancelen los aportes al Instituto de Seguros Sociales (ISS) de los meses en mora de junio y julio del año en curso para que se restablezca el servicio de salud y el derecho a la seguridad social de los jubilados de dicha compañía, conforme a la prelación absoluta de que gozan los créditos laborales por mandato de la Constitución y las Leyes, aún frente a los créditos y gastos postconcordatarios (Sentencia No. 299/97).

2) Se ordene que subsidiariamente a lo solicitado en el punto anterior el pago de las mesadas adeudadas incluya las correspondientes indexaciones e indemnizaciones moratorias por su pago oportuno, junto con las advertencias de rigor.

3) Se ordene el depósito de la suma de mil trescientos sesenta millones (1.360'000.000,oo) entregados por el IFI, en el Fondo de Pensiones de los Jubilados de la Empresa Conastil S.A. constituido con la destinación específica de estos recursos, conforme al documento de ratificación de la conciliación efectuada entre los trabajadores representantes del sindicato, la empresa Conastil S.A., y el Instituto de Fomento Industrial (IFI.), de fecha 15 de diciembre de 1994, cuyas conciliaciones fueron aprobadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Así mismo, se ordene conmutar con este Fondo de Pensiones o con el ISS las mesadas pensionales de los Jubilados de CONASTIL S.A. presentes y futuras, conforme a un estudio actuarial de todas las pensiones reconocidas, en disfrute o por disfrutar, con la finalidad específica de efectivizar el mínimo vital de los jubilados y además proteger los restantes derechos fundamentales conculcados. Esta conmutación en razón además a que la empresa Conastil S.A. se encuentra dentro de los previstos en los Decretos 2677/71 y 1572/73.

4) Se ordene al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y al Director Regional de la División de este Ministerio en el Departamento de Bolívar, Distrito de Cartagena, que en cumplimiento de sus facultades de Inspección, Control y Vigilancia prevea y se asegure del cumplimiento de lo expuesto en los puntos anteriores, y haga efectiva las normas protectoras y prevalentes de los derechos y créditos laborales. Así mismo, elabore conjuntamente con el ISS, Conastil S.A. y Asopecon el estudio actuarial pensional con corte hasta la presente (art. 485 C.S.T.).

5) Se ordene cumplir con el debido proceso concordatario previsto por el Decreto 350 de 1989 (hoy 222/95 y Decreto 1080/96) a los valores, principios, derechos y garantías constitucionales previstos en los artículos 1°, 16, 25, 26, 29, 46, 48, 53, 57, 60, 189-24 y 333, entre otros, concordantes con los artículos 36 y 87 de la Ley 50/90 y 2495 del C.C. y consecuencialmente se declaren ineficaces (art. 59 Dec. 350/89) y nulas de pleno derecho (art. 29) todas las actuaciones concordatarias realizadas con violación al debido proceso y se reintegren todos los activos patrimoniales pertenecientes a la Empresa Conastil S.A. en concordato, que fueron transferidos al Patrimonio Autónomo Fiduciario y enajenados por este. De la misma manera, la Supertintendencia al probar el traspaso de las acciones del Instituto de Fomento Industrial (IFI) y de Proexpo a favor de los particulares representados en la Sociedad Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A., por auto C.G-2422 de diciembre 11 de 1991, perfeccionada y protocolizada la negociación en enero de 1992, se violentaron flagrantemente los Derechos Fundamentales Constitucionales de nosotros los trabajadores consagrados en los artículo 57, 60 y 333, determinantes de la democratización de la propiedad accionaria, mediante el acceso preferencial de los trabajadores a dicha propiedad y el fortalecimiento de las Organizaciones Solidarias. Además, por contera omitió también aplicar los artículos 4, 6, 121 y 122 superiores. Por lo que la reforma del concordato y su prórroga, en esta oportunidad, se constituye igualmente en un incumplimiento constitucional por violación del art. 29 ibídem. *Ello en razón a que se trataba de una empresa mixta con participación accionaria del Estado superior al 90% regida por los Decretos 3130/68 y 1050/68, entre otros.*

6) Que se ordene declarar terminado o fracasado por INCUMPLIMIENTO, el Concordato Preventivo Obligatorio que la Sociedad Compañía Colombiana de Astileros Conastil S.A. viene tramitando al interior de la Superintendencia de Sociedades con sus acreedores, desde el momento en que se suscribió el Contrato de

fiducia mercantil irrevocable contenido en la escritura pública No. 1352 de junio 8 de 1994 de la Notaría 46 de Santa Fe de Bogotá, y mediante el cual se constituyó un Patrimonio Autónomo Fiduciario con la específica y única finalidad de enajenar los activos para pagar los pasivos, con la totalidad del patrimonio transferido por Conastil S.A. en concordato, en un típico proceso liquidatorio que nunca fue decretado ni tramitado por el grupo de liquidación obligatorio de la Superintendencia de Sociedades, para de esta manera haber quedado fehacientemente demostrado que se desnaturalizó ilegalmente el objeto del concordato de recuperar y conservar la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. Así mismo, se ordene decretar consecuencialmente la apertura del trámite de liquidación obligatoria de los bienes que conforman el patrimonio de la Compañía Conastil S.A. con domicilio en la ciudad de Cartagena (Bolívar), y con las advertencias pertinentes a la Superintendencia de Sociedades de decretar de inmediato el embargo, secuestro y avalúos de los bienes, haberes y derechos de la empresa concursada, incluyendo la aprehensión de los libros de contabilidad y demás documentos relacionados con los negocios de la compañía deudora, entre otros aspectos.

7) Se conmine tanto a la Superintendencia de Sociedades como al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, cumplir con la misión constitucional y legal de garantizar, proteger y hacer cumplir las normas protectoras de derechos laborales y debido proceso a efectos de impedir que los Derechos Fundamentales Constitucionales de los trabajadores jubilados de la Compañía Conastil S.A. continúen vulnerados. Además, asegurar que el trámite del proceso concursal y/o liquidatorio sea eficiente, eficaz y transparente, para prever y conjurar la violación sistemática del mínimo vital de los jubilados de Conastil S.A. y representados por Asopecom, con lo cual se evitaría que tan esenciales derechos a la dignidad humana, resulten inane, deslegitimándose así el fundamento de nuestro Estado Social de Derecho."

Como se aprecia, las peticiones 3ª y 5ª hacen mención al IFI, entidad que vendrá a quedar involucrada en cualquier decisión que llegue a tomarse en la presente tutela.

3. El mismo 12 de agosto se avocó el conocimiento de la acción y el expediente fue radicado bajo el número 3086. La determinación fue notificada a los solicitantes, al Ministerio de Trabajo, a Conastil y su Junta Concordataria, a Fiduanglo. No fue informada la Superintendencia de Sociedades, ni mucho menos el IFI.

4. El 20 de agosto del mismo año los peticionarios de la tutela complementaron y adicionaron la solicitud. Se le dio nueva radicación a esta petición (No. 3099). Pero, al caerse en la cuenta de que se refería a una tutela ya instaurada, mediante auto de 3 de septiembre de 1997 se ordenó que el mencionada expediente No. 3099 se integrara a la acción de tutela radicada bajo el No. 3086. De la determinación se informó a las entidades mencionadas en el punto tres de este auto y también a la Superintendencia de Sociedades, haciéndose referencia a la existencia de la tutela original, la No. 3086. Quedó, pues, subsanada cualquier omisión, en lo que tiene que con la Superintendencia de Sociedades, pero no respecto al IFI.

5. Los solicitantes aportaron numerosa prueba documental. Varios de esos documentos hacen referencia al IFI. Por ejemplo, hay un derecho de petición, firmado por el señor Alberto Valiente, en donde se le solicita al Instituto de Fomento Industrial, IFI, lo siguiente:

"Una relación pormenorizada donde se determinen por su valor e identificación, debidamente inventariado y avaluados, los activos brutos y Pasivos en general de la

empresa Conastil, previo a la aprobación del concordato. Al inventariar el pasivo, favor precisar individualmente por sus nombres, conceptos y cuantías, de las obligaciones objeto de la cesación de pagos por parte de Conastil. Así mismo, incluir todos los créditos otorgados a Conastil durante el concordato, con indicación del acreedor, concepto, cuantía, plazos, forma de pago, destinación, esto último especificando los beneficiarios, conceptos y cuantías de los pagos efectuados.

2) Favor detallar con el nombre de los beneficiarios, conceptos, cuantía y la naturaleza legal o convencional del pasivo laboral a favor de los jubilados actuales y futuros de Conastil S.A., en concordato, incluyendo el respectivo estudio actuarial de los jubilados que están disfrutando de sus mesadas pensionales y de los que por conciliación laboral sólo están pendientes de cumplir el requisito de la edad para entrar a disfrutar de las mesadas pensionales o los que por cumplido los otros requisitos legales o convencionales están pendientes de cumplir la edad para entrar a disfrutar de esta prestación social o derecho laboral.

3) Explíquenos y precísenos el destino de las reserva económicas que legalmente esta obligada la Empresa a constituir para garantizar el pago de las pensiones de jubilación y demás derechos convencionales presentes y futuros. ¿Dónde están depositados? ¿Cúal es su cuantía o monto?

4) Explíquenos y háganos entrega de los soportes, donde conste que Conastil S.A., constituyó la garantía de que trata el artículo 40 del Decreto-ley 2351/65, subrogado por el artículo 67 de la Ley 50/90, para pagar las mesadas pensionales y demás derechos convencionales de los jubilados presentes y futuros de Conastil S.A.

5) Explíquenos y háganos entrega de los respectivos soportes, donde consten las enajenaciones de los activos de la empresa Conastil, que se hayan efectuado durante el proceso concordatario, y relacione sus beneficiarios, conceptos y cuantía pagados tanto directamente por Conastil S.A. en concordato como por la Fiduciaria Fiduanglo S.A. Asi mismo, indíquenos si con el producto de las enajenaciones de (bienes activos) de Conastil S.A. en concordato, se han pagado y se han constituido las garantías de pago de dicho pasivo laboral (mesadas pensionales y demás derechos convencionales de los jubilados de Conastil), conforme el privilegio de crédito de primera clase, consagrado en el artículo 345 del C.S. del Trabajo, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50/90, respecto a ese mismo pasivo laboral?

6) Explíquenos y entréguenos los respectivos soportes, sobre la forma como ejecutó los $7.100 millones recibidos del Instituto Industrial, IFI, al igual que, las razones por las cuales Conastil S.A. en concordato, aún no ha constituido el fondo de pensiones a que hacen referencia el acta de Ratificación de la conciliación en Conastil, de fecha diciembre 15 de 1994, suscrita entre IFI, Conastil en concordato y el sindicato de trabajadores de Conastil S.A. donde se determina la forma de distribución de los $7.100 millones, y se dispone de cantidad de $1.360 millones para el Fondo de Pensiones, para pagos de las mesadas pensionales de los jubilados de Conastil S.A.; en este sentido, lo comunica el IFI a la Asociación de Pensionados de Consatil S.A. (Asopecon) mediante comunicación No. 005597 de junio 3 de 1995. Favor incluir, los nombres, conceptos y cuantías de los pagos efectuados con los $1.360 millones destinados al Fondo de Pensiones de los jubilados de Conastil S.A., y qué saldo queda aún a la fecha 31 de marzo de 1997, en dicho Fondo, con indicación de quién administra el Fondo de Pensiones, cuál es el número de la cuenta

corriente o de ahorro, y si entregó a la Fiduciaria Fiduanglo S.A., en desarrollo del contrato de fiducia mercantil otorgado por escritura pública Nº 01352 de junio 8 de 1994 en la Notaría 46 de Santa Fe de Bogotá, entre Conastil y Fiduanglo S.A., en desarrollo de las autorizaciones otorgadas por auto 410-650 de mayo 6 de 1994 emanado de la Superintendencia de Sociedades."

Como se aprecia, el señor Alberto Valiente era conciente de la intervención del IFI en el tema de las pensiones de jubilación de Conastil, luego la presente tutela ha debido también dirigirse contra el IFI.

6. En la misma solicitud de tutela se hace mención a una conciliación "efectuada entre Conastil S.A. en concordato, el IFI y el sindicato de trabajadores de la concursada, hacia donde se destinaron $1.360 millones, para el pago periódico de las obligaciones pensionales a que tienen derecho prevalente y oportuno los jubilados de la Empresa en concordato" Es decir, el IFI no iba a ser ajeno a lo que se plantea en la tutela instaurada por Alberto Valiente.

7. La verdad es que el IFI nunca fue informado, ni citado, ni notificado de la tutela y solo vino a enterarse hasta el momento en que le Corte Constitucional, en la etapa de prueba durante el trámite de la presente revisión, le remitió al IFI un oficio comunicándole que se iría a efectuar una inspección judicial; es ahí cuando dicha Institución fue enterada de la presente acción de tutela. Es decir que no tuvo oportunidad de actuar durante las dos instancias.

8. Al practicarse pruebas por la Corte Constitucional, quedó más que demostrada la importancia del IFI en el asunto de las pensiones de Conastil, lo cual tiene una íntima conexión con el motivo de la presente tutela. En efecto, a finales de 1997 el IFI asumió las obligaciones pensionales de Conastil, es así como les pagó a los jubilados las mesadas debidas correspondientes a 1997 y ha venido cubriendo las mesadas hasta abril inclusive de este año (se paga por mensualidades vencidas), para estos efectos el IFI le gira a Fiduanglo; igualmente el IFI ha entregado lo debido para el cubrimiento de la seguridad social; por otro aspecto, el IFI ha participado activamente en los trámites de la conmutación pensional de los jubilados de Conastil, mediante relaciones interinstitucionales con el Instituto de Seguros Sociales y el Ministerio del Trabajo, mediante peticiones dirigidas a los mismos y con la presentación del cálculo actuarial indispensable para la viabilidad de la conmutación pensional. En resumen, es el IFI quien hoy maneja la parte central de las pensiones de Conastil.

CONSIDERACIONES

1. Es una obligación de medio (no de resultado) notificar o informar a las personas contra quienes se dirige la tutela que ésta ha sido instaurada y que se ha aceptado tramitarla.

Ha sido posición reiterada de la Corte que se les debe notificar la iniciación de la acción, a quienes se verían afectados dentro de una acción de tutela, así no fueren indicados en la solicitud, es decir, no solamente se notifica a los funcionarios que pronunciaron las providencias o actos administrativos puestos en tela de juicio, sino a quienes quedarían sujetos por la decisión de tutela, a quienes se les daría el calificativo de "terceros" para que estos ejerciten el derecho a impugnar (T-043/96), a pedir pruebas, a controvertir las existentes y a exponer las argumentaciones en defensa de sus intereses. Esta obligación de notificar la existencia de la tutela no solo se aplica respecto de tutela contra providencias judiciales sino también cuando afecta actuaciones administrativas que reconocen derechos subjetivos.

Es decir, esos terceros, en su condición de particulares, cuando pueden ser afectados por una posible orden de tutela, deben ser informados de la iniciación de la acción, "sin tomar en

consideración el hecho de que la decisión que le pone fin a la actuación sea la de conceder o denegar la tutela" se indicó en el auto de 3 octubre de 1996 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa).

3. Si no se efectúa la notificación a ese "tercero" que resultaría afectado por el fallo de tutela, se incurre en nulidad, que puede ser allanada.

4. En el presente caso, IFI ha debido ser notificado de la iniciación de la tutela por el Tribunal de primera instancia ya que el fallo lo podría afectar. No ocurrió la notificación, ni de la iniciación de la tutela, ni de la sentencias proferidas, luego se incurrió en una causal de nulidad por falta de notificación, que se repite, es saneable.

En mérito de lo expuesto la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero. REMITASE el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa fe de Bogotá, para que se ponga en conocimiento del IFI la existencia de la nulidad derivada de no habérsele citado informándosele la iniciación de la acción, a fin de que diga si allana o no la nulidad. Si en el término de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se le notifique este auto de la Corte Constitucional por parte del Tribunal de primera instancia, no invoca la nulidad, se entiende que queda saneada y el expediente regresará a la Corte Constitucional para continuar con la tramitación.

Si no es saneada la nulidad, se declarará por el Tribunal de primera instancia la nulidad y se retrotraerá el procedimiento a partir del auto de 12 de agosto de 1997 y se harán todas las notificaciones y se continuará con la tramitación de la primera instancia.

Notifíquese y cúmplase.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO 020A
mayo 27 de 1998

JURISDICCION CONSTITUCIONAL-La integran todos los jueces en asuntos de tutela

Debe precisarse que tratándose del conocimiento de las acciones de tutela todos los jueces integran la jurisdicción constitucional y, por lo tanto, son jerárquicamente inferiores a la Corte Constitucional, llamada a actuar como tribunal máximo de esta jurisdicción, por la vía de la eventual revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela.

CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA-Resolución

Se reitera la jurisprudencia de esta Corporación, que ha entendido que "En términos generales, cuando, con ocasión del trámite de acciones de tutela, cualquier juez o tribunal de la jurisdicción constitucional se vea en la necesidad de decidir sobre un conflicto de competencia originado en consideraciones de orden territorial o material, deberá hacerlo apoyándose en las disposiciones ordinarias vigentes, las cuales son perfectamente aplicables por analogía, con excepción de los conflictos entre tribunales de distrito judicial y tribunales administrativos, casos en los cuales la decisión corresponde a esta Corte Constitucional, pues los superiores de esas autoridades en desacuerdo -el H. Consejo de Estado y la H. Corte Suprema de Justicia- tienen igual jerarquía".

CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA-Falta de superior jerárquico común

ACCION DE TUTELA Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA-Ejercicio conjunto/
JUEZ DE TUTELA-Improcedencia de trámite según la materia

Referencia: Expediente ICC-023/98.

Peticionario: Jorge Palacios Gómez.

Procedencia: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Magistrado Ponente: Doctor FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Mediante el presente auto, procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a pronunciarse sobre el conflicto de competencias suscitado entre el Juzgado Tercero de Familia de Santa Fe de Bogotá, D.C. y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a propósito de la acción de tutela instaurada por el señor Fernando Martínez Rojas en contra del Curador Urbano Número Cuatro de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. Fernando Martínez Rojas, quien manifiesta actuar en calidad de agente oficioso de Jorge Palacios, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, instauró una acción de tutela en contra del Curador Urbano Número Cuatro de Santa Fe de Bogotá, D.C., a fin de que se le ordene "resolver en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas" el recurso de reposición que su agenciado interpuso con la finalidad de controvertir la licencia de construcción para modificación de vivienda No. 98 4-0024, "expedida el 13 de enero de 1998, siendo titulares de la misma el señor Carlos Mattos e Inversiones la Cascajera Ltda.".

2. La solicitud de amparo correspondió por reparto al Juzgado Tercero de Familia de Santa Fe de Bogotá D.C., despacho judicial que en providencia de febrero 17 de la presente anualidad, resolvió rechazarla "por incompetencia" y remitirla al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Remitiéndose a la jurisprudencia que sobre la interpretación del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991 han sentado la H. Corte Suprema de Justicia y la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, el Juzgado Tercero de Familia estimó que, por "razones de tipo funcional", carecía de competencia para conocer del asunto, pues "... no aparece lógico que un juez diferente al contencioso administrativo conozca de la acción de tutela dirigida contra un acto u omisión administrativos al tiempo que éste necesariamente sea el que deba conocer de la acción de nulidad o de las 'demás procedentes' contra ese acto u omisión de autoridad pública".

3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante providencia del 25 de febrero de 1998, resolvió "declararse incompetente para conocer de la presente acción de tutela" y dispuso "Solicitar a la Honorable Corte Constitucional que decida el conflicto de competencias", bajo el entendimiento de que tratándose de la tutela, "la norma constitucional no diferencia entre los jueces y la presente acción debe ser resuelta en la jurisdicción en la cual se presentó inicialmente"

4. Por auto del 1° de abril de 1998, la Sala de Selección Número Cuatro decidió "Enviar el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Tercero de Familia y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la Sala Plena de la Corte Constitucional, para que tome la decisión correspondiente" En sesión del 22 de abril del presente año, la Sala Plena de esta Corporación repartió el asunto al despacho del Magistrado Ponente.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Debe precisarse, en primer término, que tratándose del conocimiento de las acciones de tutela todos los jueces integran la jurisdicción constitucional y, por lo tanto, son jerárquicamente inferiores a la Corte Constitucional, llamada a actuar como tribunal máximo de esta jurisdicción, por la vía de la eventual revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela.

2. Así las cosas, el Juzgado Tercero de Familia de Santa Fe de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para los efectos de la acción de tutela instaurada por el señor Fernando Martínez Rojas no hacen parte de jurisdicciones diferentes, pues orgánica y funcionalmente se hallan integrados a la jurisdicción constitucional.

3. La polémica desatada entre los despachos judiciales mencionados es, entonces, un conflicto de competencia, y para determinar a quién corresponde resolverlo se reitera la jurisprudencia de esta Corporación, que sobre el particular ha entendido que "En términos generales, cuando, con ocasión del trámite de acciones de tutela, cualquier juez o tribunal de la jurisdicción constitucional

se vea en la necesidad de decidir sobre un conflicto de competencia originado en consideraciones de orden territorial o material, deberá hacerlo apoyándose en las disposiciones ordinarias vigentes, las cuales son perfectamente aplicables por analogía, con excepción de los conflictos entre tribunales de distrito judicial y tribunales administrativos, casos en los cuales la decisión corresponde a esta Corte Constitucional, pues los superiores de esas autoridades en desacuerdo - el H. Consejo de Estado y la H. Corte Suprema de Justicia- tienen igual jerarquía"[1]

4. Aplicando los anteriores criterios al caso ahora examinado y pese a que la discrepancia no se ha presentado entre un tribunal ordinario y un tribunal administrativo, la Corte considera que la resolución del conflicto de competencias planteado corresponde a esta Corporación, por cuanto, analizada la situación, no cabe la aplicación analógica de las disposiciones ordinarias vigentes, debido a que los despachos judiciales enfrentados no tienen un superior jerárquico común distinto de esta Corte, encargada, según lo anotado, de revisar las providencias judiciales referentes a la acción de tutela (art. 241).

5. Toda vez que con independencia de la materia sobre la que verse la acción de tutela de que se trate, y sin perjuicio del factor territorial y de la exigencia de que la demanda se presente ante un despacho que permita el desarrollo de la segunda instancia, todos los jueces son competentes para impartir el trámite propio de este mecanismo de protección de los derechos fundamentales, la Corte estima que el Juzgado Tercero de Familia de Santa Fe de Bogotá debe tramitar la acción instaurada por el señor Fernando Martínez Rojas, porque, de acuerdo con los términos del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, fue el despacho que en primer término y a prevención la conoció y, adicionalmente, porque el ejercicio conjunto de la acción de tutela y de las que proceden ante la jurisdicción contencioso administrativa, previsto en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, abre la posibilidad de impetrar simultáneamente la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable ante el juez de tutela y las acciones contencioso administrativas ante la jurisdicción especializada, sin que comporte la obligación de presentar la tutela ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Así lo ha sostenido la Corte y así lo reitera en esta ocasión:

> *"... lo cierto es que ni el artículo 86 de la Constitución, ni el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, ni ninguna otra norma dispone que los jueces de tutela conozcan según la materia de la correspondiente acción, con arreglo a las jurisdicciones ordinarias. Esto, que concuerda con la informalidad y sencillez características de la acción, también es aplicable al trámite de las demandas donde la tutela se solicita como mecanismo transitorio, porque, a juicio de la Sala, al sentido de la palabra 'conjuntamente' debe llegarse no sólo mediante la interpretación literal sino también con una indagación teleológica. Así, por razón de la informalidad de la institución, a tal expresión corresponde la tercera acepción de la Real Academia Española, es decir, 'a un mismo tiempo'. (Ob cit. Pág. 1213). En consecuencia, el inciso comentado del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, debe interpretarse en el sentido de que los interesados pueden, desde un principio, ejercer la acción de tutela al tiempo con las demás de naturaleza contencioso- administrativa, sin que sea necesario que todas ellas se tramiten ante la jurisdicción contencioso administrativa"*[2].

---

[1] Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Auto No. 016, del 1º de septiembre de 1994. M.P. Doctor Jorge Arango Mejía.

[2] Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Auto No. 017, del 5 de abril de 1995. M.P. Doctor Jorge Arango Mejía.

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

RESUELVE:

Primero. DECLARAR que el Juzgado Tercero de Familia de Santa Fe de Bogotá es competente para avocar el conocimiento de la acción de tutela instaurada por el señor Fernando Martínez Rojas en contra del Curador Urbano Número Cuatro de Santa Fe de Bogotá.

Segundo. ORDENAR el envío del expediente al Juzgado Tercero de Familia de Santa Fe de Bogotá para que se surta el trámite correspondiente.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

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

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

MAYO 1998

SENTENCIA C-177
mayo 4 de 1998

PENSION DE VEJEZ-Definición

La pensión de vejez se ha definido por la jurisprudencia constitucional como un "salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo". Por lo tanto, "el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador". Esto muestra que la pensión es un derecho constitucional de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los requisitos para acceder a la misma. Además, se trata de un derecho que no es gratuito, pues surge de una acumulación de cotizaciones y de tiempos de trabajo efectuados por el trabajador.

TRASLADO DE COTIZACIONES/RECONOCIMIENTO DE TIEMPOS Y SEMANAS LABORADAS

El reconocimiento del derecho para trabajadores cuyo empleador hace la respectiva transferencia y la negativa para quienes no hacen el traslado, por actos ajenos a la voluntad del asalariado, transgrede el principio de igualdad ya que "no sería entendible que, habiendo cumplido los requisitos para acceder a la pensión, algunos trabajadores se vieran privados de esa prestación debido a circunstancias que, por ajenas a su voluntad, no están obligados a soportar, como para el caso lo serían la actitud renuente de las empresas a pagar el déficit. En aquellos eventos en que ya se encuentra estructurada la obligación del patrono de cotizar a una determinada entidad administradora de pensiones (EAP), resulta contrario al derecho al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones exigir el traslado efectivo de las sumas del empleador a la EAP para que el trabajador pueda acumular esas semanas cotizadas.

DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Violación por omisión del Estado/ **DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES**-Contenido esencial/**DERECHOS MINIMOS DE SUBSISTENCIA**-Obligaciones internacionales

El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los "derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico" (Principio de Limburgo No. 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar "todas las medidas que sean necesarias,

y, hasta el máximo de los recursos disponibles", por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales.

DERECHO DEL TRABAJADOR PARA ACCEDER A LA PENSION-Obligación de traslado de las sumas actualizadas a la EAP

Para que la disposición impugnada no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional, sino que constituye una obligación para las dos entidades. Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia.

DERECHO A LA PENSION-Fundamental por conexidad

En determinados casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexidad con la violación a la igualdad o al debido proceso. En tales circunstancias, la Corte entiende que la tutela puede ser procedente en aquellos casos en que la acumulación de esas semanas, y por ende el traslado de las sumas cotizadas, aparecen asociados al desconocimiento del mínimo vital o a la violación de la igualdad y del debido proceso.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA Y DE SOCIEDADES-Protección de los derechos del pensionado

Es deber de las autoridades estatales, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones pueda afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los períodos laborados ante distintos patronos. Por ende, las autoridades deberán intervenir eficazmente en estos casos, incluso recurriendo, cuando sea necesario, a medidas drásticas como la conmutación pensional. Las omisiones de vigilancia y control por parte de las entidades estatales podrían acarrear no sólo responsabilidades individuales de funcionarios específicos, sino que pueden también comprometer, en determinados eventos, la propia responsabilidad del Estado. En efecto, en razón a que al Estado le corresponde efectuar una función de vigilancia y control de los servicios públicos, es su deber que otorgue una garantía de estabilidad y consolidación económica de las empresas que administran la seguridad social. En este orden de ideas, la inspección que ejercen las superintendencias autorizadas debe ser eficiente, eficaz y rápida, pues lo contrario exige que el Estado asuma la responsabilidad económica que se origina por su negligencia.

SISTEMA DE SALUD-Recaudo de cotizaciones

En salud la relación es más compleja ya que las EPS, si bien deben recaudar las cotizaciones, no financian los servicios directamente con base en estos dineros, sino a partir de las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben del sistema por cada afiliado. En

efecto, en el régimen contributivo, las EPS recaudan por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (FSG), por lo cual deben descontar de las cotizaciones el valor de las Unidades de Pago por Capitación -UPC- fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladar la diferencia al fondo. En caso de que la suma de las UPC sea mayor que los ingresos por cotización, el FSG cancela la diferencia a las EPS que así lo reporten.

SISTEMA DE SALUD-Relaciones entre empleador y entidad de seguridad social

Las relaciones jurídicas que surgen entre el empleador y la entidad de seguridad social son jurídicamente separables de aquellas que se derivan del vínculo entre el trabajador y los entes que administran los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, puesto que aun en caso en que se imponga una sanción por omisión y que se logre el pago de la cotización, el derecho del trabajador no se agota, sino que es indispensable que se garantice la efectividad del mismo.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Contenido/**DERECHO A RECIBIR LAS PRESTACIONES MEDICAS**

En la medida en que corresponde a la ley definir cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y establecer sistemas de acceso a la seguridad social, debe entenderse que toda persona que cumpla con los requisitos legales para ingresar y permanecer en el sistema de salud, tiene igualmente un derecho constitucionalmente protegido a recibir las correspondientes prestaciones médicas. Ahora bien, el sistema general de seguridad social en salud, que estableció la Ley 100 de 1993, diseñó dos subsistemas que regulan su financiación, a saber: el subsidiado, para el grupo poblacional que no tiene los medios económicos para cotizar y, el contributivo conformado por quienes aportan en proporción a su capacidad económica. Para entrar al sistema de contributivo de salud, el trabajador dependiente escoge una EPS y efectúa las cotizaciones al patrono, quien debe remitirlas a la EPS. Así las cosas, la Corte concluye que en principio tiene un derecho constitucionalmente protegido a las anteriores prestaciones de salud todo asalariado afiliado al sistema de salud, y a quien el patrono le ha efectuado la retención de las sumas definidas por la ley.

TRABAJADOR INDEPENDIENTE-Aportes en salud/**TRABAJADOR INDEPENDIENTE**-Suspensión del servicio de salud por falta de cotización

Del aporte de pensionados, jubilados y personas que no tienen relación laboral, las personas realizan directamente los aportes, por lo cual la relación con la entidad promotora de salud es lineal y como tal genera derechos y deberes recíprocos directos. Por consiguiente, la suspensión del servicio de salud por falta de cotización no transgrede la buena fe, pues el principio general del derecho impone que nadie puede alegar su propia culpa. Además, en este caso no existe en sentido estricto una restricción al derecho constitucional del trabajador independiente ya que la persona adquiere el derecho a la prestación en salud en la medida en que ha cumplido con las obligaciones establecidas por la ley, como es efectuar la correspondiente cotización.

TRABAJADOR ASALARIADO-Suspensión de la afiliación/**EMPLEADOR**-No pago de aportes

En la medida en que las EPS quedan relevadas del deber de atender las prestaciones de salud cuando el patrono no ha transferido las cotizaciones, entonces se protegen los recursos parafiscales de la seguridad social y se estimula la eficiencia del sistema, por cuanto la

suspensión de la afiliación por el no pago de la cotización implica que el patrono queda obligado a asumir las prestaciones de salud. La Corte considera que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. Es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.

EPS-Interrupción de servicios/**EMPLEADOR**-Responsabilidad por no pago de aportes

Por el contrario, la interrupción de los servicios por parte de la EPS es proporcionada ya que en el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si éste no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente. La Corte considera que en principio se ajusta a la Carta que, en caso de mora patronal, se autorice la interrupción de los servicios por la EPS a los asalariados, tal y como lo prevé la norma impugnada.

MORA PATRONAL-Prestación de servicios de salud primaria o subsidiariamente/**EPS**-Repetición contra el empleador

En situaciones de mora patronal, esta obligación de prestar los servicios de salud, ya sea directamente y en forma primaria por el patrono, o subsidiariamente por las EPS en determinados eventos, cubre también al grupo familiar del trabajador. En efecto, la especial protección constitucional que se le brinda al núcleo familiar impone al Estado y a la sociedad la garantía de su protección integral. Por ello es natural que, en desarrollo de ese mandato, se establezca que los beneficios que se establecen para el trabajador afiliado a los sistemas se aplican también a su familia. Por ende, si la mora patronal acarrea la suspensión de los servicios de salud para la familia del trabajador, es natural que el patrono deba primariamente también responder por tales servicios, pero que, por la responsabilidad compartida, las EPS deban, en los casos mencionados en los anteriores fundamentos de esta sentencia, responder subsidiariamente. Las anteriores precisiones no favorecen el incumplimiento del empleador ya que éste no se exonera de la obligación de transferir la cotización, puesto que la entidad promotora de salud está en todo su derecho de repetir el pago contra el empleador y así hacer efectiva la correspondiente obligación, pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social. Además, la Corte precisa que en todo caso subsisten las sanciones administrativas, financieras y, si es el caso, penales que la ley prevé para el incumplimiento del patrono.

Referencia: Expediente D-1825.

Normas acusadas: Artículos 33 (parcial) y 209 de la Ley 100 de 1993.

Demandante: Olga Lucía Abril.

Temas: Afiliación y cotización a la seguridad social y a la salud.

Traslado de cotizaciones y bonos pensionales, y reconocimiento de tiempos y semanas laboradas en el sistema de prima media con prestación definida.

El incumplimiento de la obligación de cotizar del empleador y los derechos a la prestación del servicio de salud del trabajador que ha cotizado cumplidamente.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Olga Lucía Abril, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presenta demanda contra el inciso 2° del artículo 33 y el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, la cual fue radicada con el número D-1825. Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. DEL TEXTO LEGAL OBJETO DE REVISION.

A continuación se transcriben los artículos 33 y 209 de la Ley 100 de 1993 y se subrayan los apartes acusados.

Ley 100 de 1993

(diciembre 23)

Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia,

DECRETA

(...)

Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

Parágrafo 1. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones;

b) El tiempo de servicios como servidores públicos remunerados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

d) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

e) Derógase el artículo séptimo (7o) de la Ley 71 de 1988.

En los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora.

Parágrafo. 2. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período.

Parágrafo. 3. No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

Parágrafo. 4. A partir del primero (1o) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.

Parágrafo. 5. En el año 2013 la Asociación Nacional de Actuarios, o la entidad que haga sus veces, o una Comisión de Actuarios nombrados por las varias asociaciones nacionales de actuarios si las hubiere, verificará con base en los registros demográficos de la época, la evolución de la expectativa de vida de los colombianos, y en consecuencia con el resultado podrá recomendar la inaplicabilidad del aumento de la edad previsto en este artículo, caso en el cual dicho incremento se aplazará hasta que el Congreso dicte una nueva ley sobre la materia.

(...)

Artículo 209. Suspensión de la afiliación. El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio. Por el periodo de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase."

III. LA DEMANDA.

Según la demandante, el artículo 33 parcialmente acusado desconoce los artículos 83 y 49 de la Constitución y el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 transgrede el 48 y 365 superiores. Afirma, que la primera norma no exige la cotización sino el traslado del aporte al sistema de seguridad social en pensiones, por lo que el beneficio de la pensión queda sometido a la diligencia del empleador y no a los aportes efectivamente descontados, los que de buena fe realiza el trabajador con el convencimiento de que se efectúa el pago. Por ello, la actora afirma

que "si el empleador no hace el giro de las cotizaciones que ha retenido con cargo a la remuneración del empleado, es el Estado, en respeto del principio de la buena fe, el que debe responderle al trabajador por la pensión".

Para complementar el anterior argumento, la ciudadana cita varias sentencias de la Corte Constitucional, en materia de salud, a partir de las cuales concluye que "en el evento en que se tenga derecho al otorgamiento de una pensión donde se comprometa el concepto de mínimo vital, es más que evidente que si al trabajador se le han hecho los descuentos correspondientes, debe tener derecho a que se le otorgue la prestación, por cuanto la mora del empleador no le puede ser imputable". En este contexto, la actora sostiene que los argumentos que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional en materia de salud son los mismos para el caso de pensiones, como quiera que si el empleador hace las retenciones de las cotizaciones de seguridad social y no las gira, la entidad administradora no puede eximirse de su responsabilidad en el pago por el simple hecho de que el empleador no cumple con el deber de hacer las transferencias.

Sumado a lo anterior, la actora agrega que las entidades administradoras del régimen de pensiones tienen facultades de inspección que les permiten verificar la exactitud de las cotizaciones y de los aportes efectuados, por lo que es sencillo adelantar citas con el empleador y vigilar el cumplimiento de las cotizaciones que el empleador debe descontar. Por consiguiente, el trabajador debe tener derecho a que se le reconozca la pensión si se le hicieron los descuentos, aun cuando no se hubieren realizado las transferencias.

De otra parte, la ciudadana considera que el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 vulnera el artículo 365 de la Carta, como quiera que el servicio de salud es esencial y el Estado debe garantizar su continuidad, por lo que la financiación es su responsabilidad. Así, según su criterio "el Estado haya impuesto cargas especiales a los ciudadanos para el pago de los servicios de salud, no lo exonera en caso de que tales pagos no se realicen, de su obligación de prestar el servicio cuando está de por medio un derecho fundamental".

IV. INTERVENCION CIUDADANA Y DE AUTORIDADES PUBLICAS

4.1. **Ministerio de Salud**

El ciudadano Mauricio Fajardo Gómez, en representación del Ministerio de Salud, interviene en el proceso para impugnar la demanda. En primer lugar, señala que el artículo 33 acusado y el 83 de la Constitución regulan temas disímiles, por lo que resulta "un imposible jurídico que dos normas que regulan temas completamente diferentes, sin relación alguna entre ellos, puedan tener textos contradictorios".

A lo anterior, añade que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 regula aspectos fácticos contrarios a los que expone la demandante, pues la obligación de llevar a cabo el reconocimiento y pago de la pensión de vejez se traslada a la entidad de seguridad social sólo cuando el patrono remita, debidamente actualizadas, las sumas correspondientes a las cotizaciones efectuadas por el trabajador, de lo contrario la obligación continúa en cabeza del empleador exclusivamente. Así las cosas, según criterio del interviniente, el artículo 33 no prevé que el trabajador, vinculado al régimen de prima media con prestación definida, a quien le realizan los descuentos sin que le sean trasladadas sus cotizaciones, pierda su derecho a la pensión o que el número de semanas cotizadas al empleador no le sea computado, pues lo que la norma dispone es que el reconocimiento y pago de la pensión en este régimen sólo será responsabilidad exclusiva del ISS cuando el anterior empleador haya trasladado las correspondientes cotizaciones.

Por lo anterior, la interviniente sostiene que la norma impugnada no sólo no transgrede el artículo 83 de la Carta, sino que desarrolla los artículos 49 y 95 de la Constitución, como quiera que aquella dispone que quienes gocen de capacidad de pago están obligados a contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, por lo cual ellos deben efectuar la respectiva cotización. Además, sostiene que sólo los servicios de salud básicos podrán ser de obligatoria y gratuita prestación y por el contrario la asistencia de aquellos servicios de salud que no son básicos, deberán estar asegurados por el Estado, toda vez que la Constitución solo predica la gratuidad de los servicios básicos de salud y la garantía de la prestación de aquellos que no se consideren en la ley como primordiales.

De otra parte, el interviniente también encuentra que el artículo 209 demandado es constitucional. Para ello, realiza un repaso por la Ley 100 de 1993 con lo cual diferencia las tres formas de participación en el sistema integral de seguridad social en salud, a saber: El régimen contributivo que está conformado por quienes cotizan en forma obligatoria, esto es por quienes gozan de capacidad de pago. Dentro de este régimen existe una vinculación para quienes no tienen capacidad de pago total y este se financia por las cotizaciones obligatorias que les asegura el derecho a la asistencia mientras obtienen los beneficios del régimen subsidiado. En tercer lugar, el régimen subsidiado que establece la creación del fondo de solidaridad y garantía cuyo objeto es asumir el costo de la prestación del servicio de salud para cubrir el monto total de la cotización y así favorecer a las personas sin capacidad de pago. De lo anterior, el ciudadano concluye que el motivo determinante para establecer la forma como la persona participa en el sistema es su capacidad de pago, total o parcial. Por ello, el artículo 209 demandado solo se aplica a quienes teniendo capacidad económica no pagan, de suerte que si existe una modificación en la capacidad de pago de la persona también habrá un cambio en la forma como se vincula al sistema, pues de acuerdo con el artículo 95 de la Constitución el ejercicio de derechos y libertades impone responsabilidades, dentro de las cuales está la de sufragar los gastos derivados de la prestación de los servicios de salud, no sólo de cada persona sino de los colombianos menos favorecidos que son subsidiados por quienes gozan de capacidad de pago.

Por último el ciudadano encuentra que la norma acusada puede ser considerada "blanda y/o complaciente", puesto que el afiliado al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud que incumple el pago de los aportes o que no los realiza en las cuantías que la ley exige, o que no los efectúa en las oportunidades a que está obligado, es dispensado por la norma acusada de pagar los correspondientes intereses durante todo el período de suspensión, lo que, a su juicio, podría generar efectos perniciosos y desestimulantes para la consolidación del sistema, ya que para afiliados absolutamente individualistas, "podría constituirse en una de las maneras más fáciles, olímpicas y reprochables de eludir y de burlar el cumplimiento del deber".

4.2. **Ministerio del Trabajo y Seguridad Social**

La jefe de la oficina jurídica del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Alba Valderrama de Peña, considera que el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 es constitucional. Sin mayores argumentos, la ciudadana afirma que el principio de la buena fe no se vulnera sino que la norma "lo que hace es reconocer una situación y darle efectos frente al nuevo sistema". Para llegar a esa conclusión cita apartes de la sentencia T-475 de 1992 en donde la Corte Constitucional interpreta el contenido del artículo 83 superior.

De otra parte, en relación con el aparte demandado contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, considera que existe cosa juzgada constitucional, toda vez que, a su juicio, esta Corporación declaró la exequibilidad mediante sentencia C-410 de 1994.

4.3. **Instituto de Seguros Sociales**

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales, Eduardo Olano Olano, considera que las norma acusadas son constitucionales. Como primera medida señala que la demanda del artículo 33 de la Ley 100 de 1997 presenta una confusión evidente, pues la norma dispone lo relativo al traslado del cálculo actuarial y no al pago de los aportes obligatorios. Entonces, en su opinión, lo que allí se autoriza es la posibilidad de acumular diferentes tiempos para adquirir derecho a la pensión, por lo que en la actualidad es factible tener en cuenta el tiempo laborado con empleadores que jamás afiliaron a sus trabajadores al sistema de seguridad social cuando se efectúe el traslado correspondiente.

A juicio del interviniente, el concepto de seguridad social que maneja nuestra Constitución está estrechamente vinculado con la obligación de asumir la cobertura y protección de las necesidades sociales que el mismo sistema decida incluir y proteger en él, pues se debe buscar que la cobertura sea posible y que se aborde mediante protecciones específicas de lo que se entiende por seguridad social. Por esta razón, el ciudadano explica, el ocio, la educación, la recreación, la cultura, que son necesidades sociales indiscutibles, no pueden protegerse a través de la financiación de la seguridad social. Es por ello que considera que la financiación de la seguridad social es un tema muy delicado de manejar, pues no sólo repercute en el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, sino también en las variables de política económica, como el gasto público y los ajustes o desajustes del mercado.

Una vez hecha la anterior anotación, el interviniente realiza un repaso por lo que él denomina clases de seguridad social. La primera, es la seguridad social asistencial, la cual se presenta en tres formas: familiar, privada y pública. Esta última se caracteriza porque atiende sólo, a posteriori, las situaciones de indigencia, pobreza y a sectores débiles, por lo cual está condicionada a disponibilidades económicas de la administración y se financia por el Estado por vía fiscal. La segunda clase de seguridad social es la previsional, que prevé el futuro a través de la reserva de medios, puede tener financiación fiscal vía impuestos, pero se nutre especialmente a través de contribuciones del empleador, del trabajador e inclusive del Estado. Por lo tanto, en este último sistema, con las cotizaciones efectivamente realizadas se conforman las reservas pensionales que permiten en el futuro tener los fondos suficientes para el pago de las mesadas pensionales.

Ahora bien, agrega el interviniente, el Legislador en uso de sus competencias constitucionales propias, enmarcó la seguridad social en el sistema contributivo, como quiera que lo diseñó para el manejo de contribuciones parafiscales, según el cual "el que contribuye o aporta tiene derecho a sus prestaciones, el que no aporta no puede tener derecho a ellas, ya que es un sistema previsional no asistencial". Por consiguiente, el régimen de prima media con prestación definida sólo permite obtener derecho a la pensión si existe la cotización, pues el sistema solo puede responder por una obligación del empleador cuando recibe los recursos para constituir las reservas del régimen contributivo, propios de un país en donde la seguridad social no es un servicio gratuito.

Por lo anterior, el apoderado del Instituto de Seguros considera que de aceptarse la tesis expuesta en la demanda, sería evidente la vulneración del principio de la igualdad, pues se otorgaría un trato idéntico a quien cotiza a la seguridad social y a quien no lo hace. Así mismo, considera que se beneficiaría a una persona en detrimento de la colectividad.

En este contexto, el ciudadano considera que las normas acusadas, lejos de vulnerar la Carta, desarrollan los artículos 11, 13, 49 y 366 superiores, así como garantizan el principio de la

equidad y protegen contra los desequilibrios financieros. A su juicio, la demanda confunde los dos sistemas de afiliación al sistema de seguridad social en salud, los cuales presentan clara diferencia a partir de la capacidad de pago de la persona que se beneficia del mismo. Por lo tanto, quien tiene recursos económicos debe contribuir en forma imperativa, pues la obligatoriedad es el principal soporte del sistema, y el no pago de los aportes hace nugatorios los derechos de los afiliados y de los beneficiarios del régimen subsidiado.

Por último, el ciudadano concluye que las entidades de la seguridad social no pueden subsidiar a los morosos ni menos el Estado "premiar" a "quienes flagrantemente violan la ley, como lo pretende el demandante". Por consiguiente, la Corte no puede permitir que las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social "se conviertan en entidades de beneficencia, en las que los afiliados tienen derecho a todo, pero no están obligados a nada". Así mismo, agrega que no se puede permitir que estas entidades modifiquen su objeto social y se conviertan en "empresas de cobranzas".

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar, rinde el concepto de rigor y solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de las normas acusadas.

La Vista Fiscal considera que el principio de solidaridad y el de prevalencia del interés general, propios del servicio público de la seguridad social, deben permear su carácter universal, es decir el Estado debe garantizar el acceso de todas las personas en igualdad de condiciones. Para ello, el Legislador diseñó el sistema integral de seguridad social, con el cual también determinó el objeto, fundamento y características propias del régimen general de pensiones y de la seguridad social en salud. Así pues, en pensiones, se organizaron dos regímenes excluyentes pero que coexisten, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, los cuales se escogen de manera libre por quienes se afilian al sistema. Durante la vigencia de una relación laboral, los trabajadores deben cotizar de forma obligatoria al régimen de pensiones, pues así constituyen reservas para su futuro derecho y para subsidiar, a través del fondo público de solidaridad pensional, a grupos de la población que carecen de los recursos económicos para adquirir la pensión, esto último sometido a la disponibilidad presupuestal existente. Por consiguiente, el derecho a obtener la pensión de vejez en el régimen con prestación definida, que consagra el artículo 33 demandado, requiere el cumplimiento de los requisitos de edad y el número de semanas cotizadas, como elementos necesarios para mantener el sistema.

En cuanto al sistema general de seguridad social en salud, el Ministerio Público recuerda que, por su financiación, se organiza en dos subsistemas: el primero es el subsidiado, que se diseñó para los grupos de la población que no tiene los medios económicos para cotizar y, el segundo es el contributivo, conformado por el grupo que aporta al sistema en proporción a su capacidad económica. Ahora bien, los dos buscan financiar cuatro clases de servicios: el plan obligatorio de salud POS, el plan de atención básica, el plan de urgencias por accidentes de tránsito y riesgos catastróficos y, los planes complementarios.

De lo anterior, el Procurador General concluye que, tanto en materia de pensiones como en salud, las normas demandadas "permiten a los particulares cumplir con los deberes que el constituyente les ha señalado, por cuanto el sistema de seguridad social integral no es suficiente para cubrir la totalidad de las contingencias que pueden afectar a las personas, representando el instrumento a través del cual la Administración, coadyuvada por el sector privado, atiende en forma eficiente las necesidades propias del sector público de la seguridad social". Por

consiguiente, a su juicio, las disposiciones acusadas no sólo no transgreden la Constitución, sino que desarrollan los principios consagrados en el preámbulo y en los artículos 1°, 2°, 13, 48, 49 y 366 de la Constitución.

VI. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia.

1. Conforme al ordinal 4° del artículo 241 de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del inciso 2° del artículo 33 y del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, ya que se trata de la demanda de un ciudadano contra normas contenidas en una ley de la República.

Inexistencia de cosa juzgada constitucional

2. Como primera medida, esta Corporación entra a analizar si, como lo propone uno de los intervinientes, debe proferirse fallo que se esté a lo resuelto en la sentencia de esta Corporación número C-410 del 15 de septiembre de 1994, por cuanto, según su criterio, operó la cosa juzgada constitucional. Pues bien, la providencia en cita resolvió:

> *"Declarar exequibles las siguientes disposiciones de la Ley 100 de 1993, pero únicamente en lo relativo al cargo formulado.*
>
> - *Artículo 33 numeral 1o. y parágrafo 4.*
> - *Artículo 36 inciso primero, inciso segundo en lo acusado y el inciso cuarto en su totalidad.*
> - *Artículo 61 literal b).*
> - *Artículo 64 inciso segundo.*
> - *Artículo 65 inciso primero.*
> - *Artículo 117 literal a); incisos segundo y cuarto del literal b), y el parágrafo segundo.*
> - *Artículo 133 incisos primero y segundo y parágrafo 3°".*

Como se observa, la sentencia no estudió el parágrafo primero del inciso 2° del artículo 33, pues limitó la cosa juzgada al numeral 1° del inciso 1° y al parágrafo 4° de ese mismo artículo, normas que en esa oportunidad fueron las acusadas. Así mismo, no se encontró ninguna providencia posterior que hubiere analizado la constitucionalidad del inciso demandado. Por consiguiente, en ejercicio de su función constitucional, la Corte debe entrar a conocer la acusación que versa sobre el aparte impugnado del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

El asunto bajo revisión.

3. Según la demandante, las normas acusadas transgreden los artículos 48, 49, 83 y 365 de la Constitución, ya que limitan los derechos a la pensión de vejez y a la prestación del servicio de salud a asalariados que cumplieron con su obligación de realizar la cotización pero que, por asuntos ajenos a su voluntad, aquella no fue transferida a la entidad de seguridad social correspondiente. Por el contrario, los intervinientes y el Ministerio Público coinciden en afirmar que las disposiciones atacadas no sólo no vulneran la Constitución, sino que la desarrollan, como quiera que la seguridad social no es gratuita, por lo que es indispensable que se realicen los descuentos y se efectúen las trasferencias de las cotizaciones obligatorias. Así mismo consideran que el diseño del sistema de seguridad social en Colombia, que incluye el régimen de la prima media con prestación definida a que se refiere una de las normas acusadas, exige que

efectivamente las cotizaciones de quienes tienen capacidad de pago sean recibidas por las entidades administradoras de pensiones, toda vez que grupos de la población que no tienen los recursos económicos suficientes para realizar la cotización, se benefician del subsidio de quienes aportan. Igualmente, en materia de salud, la Ley 100 de 1993 prevé la existencia de un régimen subsidiado que se financia en gran parte por las cotizaciones de trabajadores y patronos, por lo cual tales contribuciones deben ingresar efectivamente al sistema para garantizar su viabilidad. En tales circunstancias, si no se realiza el aporte no hay subsidios y con ello se afecta el interés de la colectividad en beneficio del sector que no hace el pago, con lo cual se vulnera la solidaridad que debe gobernar la seguridad social en el país. En igual sentido, el Ministerio Público y los intervinientes consideran que la declaratoria de inexequibilidad de la disposición acusada significaría una transgresión del principio de la igualdad, pues se otorgaría igual trato jurídico -reconocimiento de la pensión y prestación del servicio de salud- a quienes solidariamente aportan al sistema y cotizan cumplidamente, y a quienes no lo hacen.

En consecuencia, el problema constitucional que se plantea es si constitucionalmente la entidad que presta la seguridad social a la que está afiliado un trabajador dependiente se exonera de la responsabilidad de otorgar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, y de facilitarle los servicios de salud, a trabajadores a quienes efectivamente les fueron realizados los descuentos que se exigen por la ley para cotizar al sistema, pero que, a pesar de ello las cuotas nunca se recibieron en la entidad, por razones no imputables al propio empleado. Entra pues la Corte a resolver ese interrogante, para lo cual estudiará de manera separada el problema de las prestaciones de salud y del reconocimiento de pensiones. En efecto, si bien las pensiones y la salud forman parte del sistema integral de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993, por lo cual comparten importantes rasgos, lo cierto es que se trata de prestaciones que tienen particularidades propias. Además, como se verá, las normas acusadas no regulan exactamente el mismo fenómeno, pues en la salud se trata de la suspensión de la afiliación por falta de pago de la cotización, mientras que en las pensiones la disposición impugnada establece que, en determinados casos, el traslado efectivo de las sumas cotizadas es un requisito necesario para que se puedan acumular semanas o tiempos trabajados con distintos patronos. Comienza pues la Corte por estudiar el problema relativo a las pensiones.

El sistema de pensiones y el sentido del aparte impugnado del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

4. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señala cuáles son los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el sistema de prima media con prestación definida, esto es en el sistema de reparto simple que administra el Instituto de Seguros Sociales y las cajas, fondos o entidades de seguridad social, públicos o privados, existentes a la entrada en vigencia de la Ley 100 (art. 52 de la ley citada). Uno de los requisitos para obtener el derecho es la cotización, que es obligatoria al tenor del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, la cual se efectúa a la entidad en donde posteriormente se solicita el reconocimiento del derecho. Sin embargo, las cotizaciones realizadas a empleadores y a las cajas previsionales del sector público o privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión coexistirán, es decir que se amplía la posibilidad de acumulación de aportes que había sido prevista por la Ley 71 de 1988. En efecto, antes de esa ley, y como bien lo precisó esta Corte, "no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado, aun cuando si era procedente

obtener el derecho a la pensión acumulando el tiempo servido a diferentes entidades oficiales, cuando se hubieren hecho aportes a diferentes entidades de previsión social oficial o al ISS[1]. " El artículo 7° de la Ley 71 de 1988 permitió entonces la acumulación de aportes efectuados como servidor público o como trabajador privado, sistema que conserva y amplía la Ley 100 de 1993, la cual precisa, en su artículo 13, literal f), que para el reconocimiento de las pensiones "se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio".

5. Como es natural, y con el fin de evitar desequilibrios financieros en el sistema y que una entidad que no ha recibido cotizaciones de una persona se vea obligada a pagar su pensión, sin contar con el dinero necesario para ello, la ley prevé que en general la acumulación de tiempos y semanas implica un traslado de los aportes de una entidad a otra. Este traspaso se verifica a través de un título pensional, que incluye el valor de la reserva actuarial, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1887 de 1994, y requiere de aprobación por parte de la entidad administradora.

Ahora bien, para determinados casos, la ley establece que esa acumulación de tiempos laborados y de semanas cotizadas sólo será procedente si el empleador o la caja anteriores, según el caso, han efectivamente trasladado, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora. Por ende, en tales casos, las cotizaciones administradas por diferentes entidades sólo se suman si, además de la afiliación, existe el correspondiente traslado. Esto ocurre, según lo preceptuado por el inciso final del primer parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que es precisamente la norma acusada, cuando se trata (i) de semanas que fueron cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, así como (ii) del tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

Un ejemplo práctico explica mejor el contenido de la norma acusada. Así, supongamos que un trabajador ha cotizado durante 8 años en una caja de previsión privada, como podría ser la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles "Caxdac" Supongamos que posteriormente ese trabajador se vincula al Instituto de Seguros Sociales (ISS) en donde aporta 12 años más. En tales circunstancias, conforme al inciso impugnado, el trabajador solo puede lograr que el ISS reconozca 20 años de semanas cotizadas si opera el correspondiente traslado de Caxdac al ISS. Por consiguiente, la norma acusada consagra dos momentos diferentes: de un lado, la afiliación a una determinada entidad de seguridad social encargada del manejo del régimen de prima media, como podría ser el ISS, que opera mediante un acto de voluntad del trabajador; y de otro lado, el traslado de las cotizaciones anteriores, de las cuales depende que se puedan acumular semanas para cumplir los requisitos legales para poder lograr el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez.

Así las cosas, la pregunta que surge es si esa exigencia del traslado se justifica constitucionalmente o, por el contrario, viola el derecho del trabajador a su pensión y desconoce la buena fe, en la medida en que se entiende que a éste le fueron efectivamente descontadas sus

[1] Ver sentencia C-012 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Consideración de la Corte No. 4.1.

cotizaciones para la pensión, o al menos cumplió con la obligación de laborar durante un determinado período ya que, en determinados casos, y por acuerdo colectivo o singular entre patrono y empleado, algunas empresas asumen también la cuota legal que corresponde al asalariado. Para responder a ese interrogante, la Corte procederá a determinar cuál es el alcance constitucionalmente protegido al derecho a la pensión, para luego establecer si la eventual restricción consagrada por la disposición impugnada es proporcionada, y por ende legítima.

Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión

5. La pensión de vejez se ha definido por la jurisprudencia constitucional como un "salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo". Por lo tanto, "el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador"[2]. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la pensión es aquella prestación social que se obtiene por "la prestación del servicio durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad"[3], requisitos estos que "no son meramente condiciones de exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente"[4].

Esto muestra que la pensión es un derecho constitucional de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los requisitos para acceder a la misma. Además, se trata de un derecho que no es gratuito, pues surge de una acumulación de cotizaciones y de tiempos de trabajo efectuados por el trabajador. Esto explica que, de conformidad con los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, tanto la afiliación como la cotización al sistema de seguridad social en pensiones son obligatorias para asalariados pues, como bien lo afirman los intervinientes, la seguridad social no es un servicio gratuito para las personas que tienen capacidad de pago.

Así pues, la Ley 100 de 1993 reguló el tema de los riesgos laborales, dentro del cual incluyó el riesgo de vejez, el cual había sido asumido para el sector privado por el Instituto de Seguro Social a partir de 1967, con algunas excepciones, y lo estructuró dentro del sistema general de pensiones, el cual tiene por objeto "garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura de los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones" (artículo 10 de la Ley 100 de 1993). A su vez, los artículos 33 a 37 de la Ley 100 de 1993 establecen las condiciones mínimas para la consolidación del beneficio, las cuales si bien surgen de amplias facultades legislativas "encaminadas al desarrollo del derecho a la seguridad social, dentro de las cuales están las de señalar la forma y condiciones en que las personas tendrán acceso al goce y disfrute de la pensión legal"[5], también es cierto que aquellas deben respetar disposiciones y límites constitucionales.

6. El reconocimiento y pago de la pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (art. 25), pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para

---

[2] Sentencia C-546 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.

[3] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 28 de 1958.

[4] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 20 de 1968.

[5] Sentencia C-126 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara.

disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente. Así mismo, la pensión de vejez goza de amparo superior en los artículos 48 y 53 de la Constitución, los cuales establecen que el pago de la pensión debe realizarse de manera oportuna dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social en Colombia.

Existe entonces un contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión, que puede ser caracterizado así: en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el patrono asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legalmente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliarse a la seguridad social, derecho que es irrenunciable (C.P. art. 48). Por ello esta Corporación ya había señalado que "quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma"[6] . Por ende, y a pesar de que el derecho a la pensión es de configuración legal, la Corte considera que la norma acusada establece una cierta limitación al contenido constitucionalmente protegido de este derecho, puesto que personas que efectivamente han cotizado durante determinadas semanas a empresas o cajas privadas no pueden acumular esos períodos por una razón que no les es imputable, puesto que no depende de ellos, sino de las empresas o las cajas, que se efectúe el traslado de la correspondiente suma actualizada. Ahora bien, en la medida en que los derechos constitucionales no son absolutos, la Carta admite restricciones a los mismos. Por ello el hecho de que la norma acusada limite el derecho a la pensión no genera en sí mismo la inexequibilidad de esa disposición. Sin embargo, estas restricciones, para ser constitucionales, deben ser proporcionales a la finalidad buscada y deben en todo caso respetar el contenido esencial del derecho constitucional. El interrogante que surge es entonces si esa restricción es proporcionada.

Posibilidades de restricción de reconocimiento de semanas trabajadas por falta de traslado

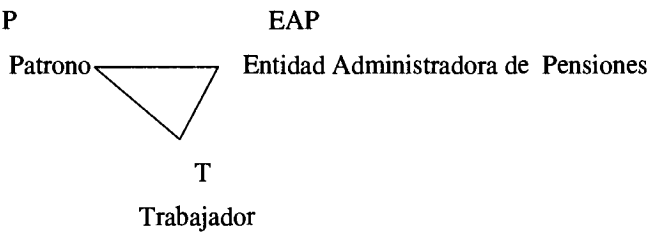
7. La finalidad de la norma acusada es evidente y constitucional, pues busca proteger los recursos acumulados por el sistema de seguridad social para el pago oportuno de las pensiones (C.P. art. 48). En efecto, en la medida en que se exige el traslado de las sumas actualizadas para poder acumular las semanas o tiempos trabajados y cotizados, se evita que la entidad a la que se afilia el trabajador, como podría ser el ISS, deba reconocer y pagar pensiones sin haber recibido los dineros necesarios para suministrar esa prestación, a fin de prevenir desequilibrios en el sistema que podrían incluso afectar a los afiliados que han efectivamente cotizado a esa entidad. Es pues una exigencia adecuada para alcanzar una finalidad que tiene expresa consagración constitucional, pues la Carta exige que la ley proteja los recursos destinados al pago oportuno de las pensiones (C.P. arts. 48 y 53). Con todo, la pregunta que surge es si ese mecanismo no implica una carga desproporcionada para aquellos trabajadores que, por razones que no les son imputables, ven limitado su derecho a que se reconozcan las semanas durante las cuales efectivamente trabajaron y realizaron los aportes determinados por la ley.

8. Para responder a ese interrogante, a modo de ilustración, es necesario distinguir dos hipótesis semejantes, pero con diferencias muy importantes, a fin de precisar el alcance mismo de la norma impugnada y por ende el sentido de la decisión que será tomada por Corte.

---

[6] Sentencia C-168 de 1995. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte e)

Así, existen casos en donde un trabajador está vinculado a una empresa que no reconoce directamente ni paga pensiones. En tales eventos, el patrono debe retener los aportes pensionales del empleado, cotizar la parte que le corresponde y remitir la suma total a una entidad administradora de pensiones, en general el ISS, puesto que nos encontramos en el sistema de prima media con prestación definida. En esta primera hipótesis se configura una suerte de relación triangular así:



- Al igual que en el caso de la salud, la relación entre T y P genera la potestad del empleador de descontar unilateralmente el pago de la cuota correspondiente al trabajador y los deberes de retención, de pagar en proporción legal y de trasladar la respectiva cotización a la EAP. Por su parte, el trabajador asalariado debe admitir que el patrono efectúe la retención del porcentaje de su salario determinado por la ley.

- El vínculo entre el P y la EAP produce el deber patronal de pagar y transferir oportunamente la cotización, que genera a su vez la facultad de la EAP de exigir lo acordado. Así mismo, esta relación genera la obligación de la EAP a reconocer la pensión a que tiene derecho el trabajador afiliado y cancelar las correspondientes mesadas, todo lo cual exime de responsabilidad al empleador.

- Finalmente, entre la EAP y el T se origina el deber de la primera de reconocer la pensión, si se cumplen los requisitos de ley, y cancelar las mesadas, con el consecuente derecho de T a reclamar tales prestaciones.

Esa relación triangular es aún más compleja si se tiene en cuenta que, en desarrollo del principio de solidaridad que rige la seguridad social, los artículos 25 y ss de la Ley 100 de 1993 prevén la existencia de un Fondo de Solidaridad Pensional, que se financia con aportes del presupuesto nacional y con cotización adicional del 1% sobre el salario de quienes devenguen cuatro o más salarios mínimos legales mensuales, y que pretende subsidiar los aportes de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad de su cotización.

9. En esta primera hipótesis, cuando el empresario descuenta los aportes del trabajador, no lo hace por el hecho de ser patrono y por las relaciones jurídicas laborales que existen con el trabajador, sino que el empresario actúa como una especie de agente retenedor del sistema de seguridad social. Por consiguiente, el dinero así retenido no es propiedad del patrono sino que es un recurso parafiscal del sistema de pensiones. A su vez, el trabajador no está efectuando un pago al patrono sino al sistema, por lo cual bien hubiera podido la ley prever que el empleado cotizara directamente a la EAP. Son estrictamente razones de eficiencia las que justifican la facultad patronal de retención, lo cual significa que los dineros descontados representan contribuciones parafiscales, que son propiedad del sistema y no del patrono. Es pues necesario separar jurídicamente el vínculo entre el patrono y la EAP y la relación entre la EAP y el trabajador. Por ende, en esta primera hipótesis, la Corte concluye que exigir el traslado efectivo de las cotizaciones para que se puedan reconocer las semanas o tiempos laborados por el

trabajador constituye un requisito innecesariamente gravoso para el empleado, pues la propia ley confiere instrumentos para que la entidad administradora de pensiones pueda exigir la transferencia de los dineros, mientras que el trabajador carece de esos mecanismos. En efecto, en este caso, la EAP tiene las potestades y los deberes para vigilar que el patrono cumpla con la obligación de efectuar la correspondiente cotización y traslado de los dineros. Así, en particular, el artículo 53 de la Ley 100 de 1993 precisa que estas entidades "tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, para asegurar el efectivo cumplimiento de la presente ley", entre las cuales figura la posibilidad de (i) verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes; (ii)adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados; (iii) citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, para que rindan informes; (iv) exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados; (v)ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones. Además, la misma ley, en su artículo 24 precisa que para que esas entidades puedan adelantar las acciones de cobro, se entiende que "la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo". Por su parte, el artículo 57 confiere a las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida la posibilidad de establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos. En tales condiciones, y con ese abanico de facultades, resulta inaceptable que una EAP invoque su negligencia en el cumplimiento de sus funciones para imponer una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador. Esta situación es aún más grave si se tiene en cuenta que en muchos casos estas situaciones afectan negativamente a personas de la tercera edad, las cuales merecen una especial protección del Estado (C.P. arts. 13 y 46).

La anterior conclusión no es en manera alguna novedosa sino que simplemente reitera criterios jurisprudenciales de esta Corte. Así, esta Corporación ya tuvo oportunidad de estudiar una situación de esta naturaleza, pues tuvo que analizar si era legítimo que la ley excluyera del reconocimiento y pago de las pensiones administradas por Caxdac, una caja de previsión privada, a aquellos aviadores que habían laborado y cotizado en los términos de la ley pero la empresa respectiva no había efectuado los aportes de rigor a esa entidad de seguridad social. La Corte concluyó entonces que el reconocimiento del derecho para trabajadores cuyo empleador hace la respectiva transferencia y la negativa para quienes no hacen el traslado, por actos ajenos a la voluntad del asalariado, transgrede el principio de igualdad ya que "no sería entendible que, habiendo cumplido los requisitos para acceder a la pensión, algunos trabajadores se vieran privados de esa prestación debido a circunstancias que, por ajenas a su voluntad, no están obligados a soportar, como para el caso lo serían la actitud renuente de las empresas a pagar el déficit y la no utilización, por Caxdac, de las vías jurídicas de las que se le ha dotado con la finalidad de obtener esos pagos"[7]. Según la Corte, ese trato distinto a los aviadores, con base en hechos que no les son imputables pues dependen de la empresa, constituye un "sacrificio desmedido", el cual "lejos de contribuir a consolidar los fines de la seguridad social los desatiende" Concluyó entonces esa sentencia:

[7] Sentencia C-179 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz. Consideración de la Corte Cuarta.

"La jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley.

Esos criterios jurisprudenciales son aplicables al examen de constitucionalidad que ahora realiza la Corporación. No sería justo ni jurídico hacer recaer sobre el trabajador de una empresa de aviación civil que se abstuvo de efectuar los pertinentes aportes las consecuencias de ese incumplimiento, más aun cuando los trabajadores, con apoyo en su buena fe, confiaron en que una vez reunidos los requisitos de ley accederían a la pensión a cargo de Caxdac."[8]

En providencia posterior, la Corte reiteró que "para garantizar el principio de igualdad era necesario dar similar tratamiento tanto a los aviadores civiles cuyas empresas han cumplido con el pago de aportes a Caxdac, como aquellos aviadores cuyas empresas han incumplido con dicho pago, para efectos del reconocimiento y goce de la pensión de jubilación."[9].

Conforme a todo lo anterior, y reiterando sus criterios jurisprudenciales, la Corte concluye que en esta primera hipótesis, esto es, en aquellos eventos en que ya se encuentra estructurada la obligación del patrono de cotizar a una determinada entidad administradora de pensiones (EAP), resulta contrario al derecho al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones (C.P. art. 53) exigir el traslado efectivo de las sumas del empleador a la EAP para que el trabajador pueda acumular esas semanas cotizadas.

10. La segunda hipótesis, que es la efectivamente regulada por la disposición acusada, es similar a la anterior puesto que condiciona el reconocimiento por parte de una EAP de determinadas semanas o tiempos trabajados por un empleado a que efectivamente la EAP reciba las sumas actualizadas de los dineros cotizados por tal concepto. Sin embargo, la situación es diversa, pues en este caso no se trata del incumplimiento de una empresa que tenía el deber de cotizar a una EAP, sino de la relación entre distintas entidades de seguridad social o entre una de éstas y una empresa que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

11. Para comprender lo anterior, es necesario tener en cuenta que antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, Colombia no contaba realmente con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber

---

[8] Ibidem

[9] Sentencia C-386 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como Caxdac. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían, sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas. Es cierto que existían algunos mecanismos para establecer algunos mínimos vínculos entre las entidades, como el sistema de conmutación pensional, regulado por los Decretos 2677 de 1971 y 1572 de 1973, y que permitía que ISS sustituyera a una empresa en el pago de las pensiones cuando se daban unas excepcionales condiciones y previo un trámite legal. Sin embargo, en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas "de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores"[10] . En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (C.P. art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación, sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas. Por ello, en la exposición de motivos de la Ley 100 de 1993, se señaló al respecto:

> *"Otro aspecto no menos grave que los anteriores y que ha incidido en el estado de crisis que aqueja a la seguridad social se refiere a la eficacia de la misma. Esta puede analizarse a partir de dos puntos de vista que, aunque independientes, han contribuido al descrédito de las instituciones que prestan los servicios de la seguridad social.*
>
> *"El primero se refiere a la multiplicidad de regímenes, la mayoría de ellos incompatibles entre sí. En efecto, existen más de 1.000 instituciones con funciones de seguridad social, la mayoría, si no todas, con regímenes propios que implican para los beneficiarios graves problemas en la consolidación de sus derechos frente a una expectativa de movilidad laboral. Sólo hasta 1988 con la Ley 71 se logró crear un sistema que integrase los diversos regímenes, pero sin embargo este beneficio solo sería aplicable a partir de 1998. Con la reforma propuesta, se unifican todos esos regímenes a partir de su vigencia y se crean los mecanismos para que esto sea una realidad"* [11].

La Ley 100 de 1993 creó entonces un sistema integral y general de pensiones, que no sólo permite, como ya se destacó, la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, sino que genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, todo con el fin no sólo de aumentar la eficiencia del manejo de seguridad social, sino también de ampliar su cobertura hasta llegar a una verdadera universalidad. Por ello, de conformidad con el artículo 10 de esa ley, ese régimen se aplica a todos los habitantes, con las solas excepciones previstas por esa misma ley. Además se prevé que, a partir de la vigencia ley, y según lo establece el

---

[10] Ver sentencia C-017 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte B.1.

[11] Gaceta del Congreso No. 130 de 1993, página 3.

artículo 13, para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos. Y finalmente, como se vio, para corregir injusticias del pasado, se amplían las posibilidades de acumular semanas y períodos laborados antes de la vigencia de la ley. Por supuesto que para el régimen de transición previsto por el artículo 36 de esa ley, se deberá tener en cuenta el principio de favorabilidad, tema que se desarrolló en la sentencia C-596 de 1997, y se respetarán los derechos adquiridos, como lo señalan los artículos 11 de la misma Ley 100 de 1993 y el artículo 58 de la Carta.

12. Como es natural, para poner en marcha ese sistema general de pensiones, resultaba necesario establecer mecanismos de transición que permitan acumular semanas o períodos efectuados ante distintas empresas o entidades de seguridad social, puesto que no resulta armónico con principios elementales de responsabilidad que una entidad de seguridad social deba reconocer los tiempos laborados y cotizados por un trabajador ante otra entidad. Así, según el ejemplo presentado anteriormente en esta sentencia, no parece justo que el ISS deba reconocer las semanas cotizadas por un aviador ante Caxdac, si esta última entidad no hace el traslado efectivo del bono pensional, puesto que el ISS no tenía ninguna vigilancia sobre Caxdac ni sobre las empresas de aviación. Por ende no puede imponerse al ISS una responsabilidad por un hecho totalmente ajeno a sus competencias y a su voluntad. En esta segunda hipótesis no son válidas entonces las razones señaladas en los fundamentos 8 y 9 de esta sentencia para imponer a la EAP el reconocimiento y pago de las semanas laboradas por el trabajador, incluso si el patrono no había efectuado el correspondiente traslado, por cuanto la situación es distinta. En efecto, en la primera hipótesis, la EAP no sólo tiene un deber de vigilancia sobre la empresa, sino que cuenta además con amplias facultades para hacer efectivo el pago de los aportes. En esta segunda hipótesis, por el contrario, el ISS carece de mecanismos de control sobre Caxdac ya que, en el pasado, se trataba de regímenes prácticamente separados.

13. En tal contexto es que encuentra perfectamente sentido la disposición acusada, según la cual, para que en estos casos pueda operar la acumulación de tiempos y semanas, es necesario que la anterior caja previsional privada o la empresa efectúe el correspondiente traslado del bono pensional. Por ende, en este caso la norma impugnada no sólo es claramente adecuada para alcanzar una finalidad constitucionalmente importante, como es proteger los recursos parafiscales destinados a pensiones, sino que, no resulta razonable imponer, en el sistema de prima media con prestación definida, a una EAP, como el ISS, el reconocimiento de unas semanas cotizadas ante una empresa o ante otra entidad de seguridad social, cuando la EAP no sólo no recibió los dineros sino que, además, no tenía ninguna responsabilidad por el recaudo de esas sumas. La declaratoria de inexequibilidad impondría entonces, de manera inmediata, una carga financiera a determinadas EAP, la cual puede resultar no sólo contraria a criterios elementales de responsabilidad, sino que además podría afectar la solvencia financiera de esas EAP, con lo cual se podría incluso poner en peligro la viabilidad misma del sistema general de pensiones diseñado por la Ley 100 de 1993.

14. De otro lado, la Corte considera que es necesario tomar en cuenta que la Ley 100 de 1993 no ha restringido la posibilidad de acumular semanas o períodos laborados para el reconocimiento de las pensiones sino que ha pretendido universalizarlo y corregir así inequidades del pasado, con lo cual esa legislación promueve una igualdad real y efectiva (C.P. art. 13). Lo que sucede es que para alcanzar esa finalidad es necesario prever mecanismos de transición, como el establecido por la norma acusada, debido no sólo a la anterior desarticulación que existía en

el régimen pensional en el país sino además, por cuanto la seguridad social es un derecho prestacional que debe ser satisfecho con recursos económicos e institucionales limitados. Es cierto que tales mecanismos de transición pueden implicar ciertas cargas importantes para determinadas personas, pero la Corte entiende que esas diferencias de trato encuentran mayor justificación en estos procesos de cambio en que el Legislador pretende alcanzar una mayor justicia social, ampliando la cobertura de estos derechos prestacionales. En efecto, en tales eventos, la ley no está incrementando las desigualdades sociales en un determinado aspecto, caso en el cual el control constitucional debería ser más intenso, sino que, por el contrario, está reduciendo progresivamente y por etapas tales desigualdades. Y esta estrategia es constitucionalmente admisible ya que en muchas ocasiones es irrazonable exigir al Legislador que corrija de manera inmediata agudas desigualdades del pasado, si los recursos son limitados para tal efecto, o los diseños institucionales necesarios para lograr el objetivo previsto son complejos y requieren difíciles procesos de ajuste. En tales casos, y siempre y cuando la ley no recurra a categorías discriminatorias, o no imponga cargas excesivas a determinados grupos poblacionales en condiciones de debilidad manifiesta, la Carta autoriza una corrección progresiva de las desigualdades. En efecto, la igualdad real y efectiva entre los colombianos es un objetivo que el Estado debe promover y buscar (C.P. art. 13) pero resulta ingenuo pensar que esa igualdad puede ser alcanzada de manera inmediata en todos los campos. Esta Corporación ya había señalado al respecto:

> *"A veces es necesario y razonable que estos problemas acumulados sean corregidos en forma progresiva, siempre y cuando, al hacerlo, las autoridades no utilicen criterios discriminatorios. El examen de constitucionalidad no puede ser entonces muy estricto, por cuanto la asignación de recursos escasos para corregir injusticias acumuladas implica difíciles problemas de evaluación del impacto y de las posibilidades reales de las distintas políticas, por lo cual en principio corresponde a los órganos políticos debatirlas y adoptarlas. El Legislador goza entonces de una cierta libertad para escoger entre cursos alternativos de acción, según la razonable evaluación que haga de las diferentes estrategias"*[12].

Por ello la propia Carta establece que la ampliación de la cobertura de la seguridad social debe ser progresiva (C.P. art 48), lo cual concuerda con lo preceptuado por los pactos internacionales de derechos humanos, los cuales han precisado que los derechos prestaciones, como la seguridad social, son de realización progresiva y deberán ser garantizados por el Estado de acuerdo a los recursos de que disponga[13], lo cual no significa, empero, que tales derechos carezcan de eficacia jurídica. En efecto, esta Corte ya había precisado sobre este punto lo siguiente:

> "El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los "derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo

---

[12] Sentencia C-448 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 13.

[13] Ver el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales de las Naciones Unidas y el artículo 1º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"

económico" (Principio de Limburgo No. 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar "todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles", por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales"[14].

Interpretación conforme a la Carta de la norma acusada.

15. Conforme a lo anterior, la Corte mantendrá en el ordenamiento el inciso acusado. Sin embargo, esta Corporación entiende que una declaración de exequibilidad pura y simple de esa norma es constitucionalmente problemática ya que podría implicar cargas desproporcionadas para aquellos trabajadores que no pueden acumular, para el reconocimiento de su pensión, tiempos que fueron efectivamente laborados. En efecto, no se puede olvidar que la Carta no sólo protege el pago oportuno de las pensiones, sino que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P. arts. 48 y 53). Además, tampoco se puede desconocer que de todos modos, en esas relaciones, el trabajador sigue siendo el sujeto jurídico más débil del sistema, por lo cual merece una especial protección del Estado (C.P. arts. 13 y 25). Por ende, y para lograr un mayor equilibrio y protección a los derechos de los trabajadores, sin afectar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, es necesario interpretar la disposición acusada de conformidad a la Carta.

Así, para que la disposición impugnada no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye una obligación para las dos entidades. Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia. Es entonces deber del Legislador desarrollar en concreto ese mecanismo judicial, tomando en cuenta las especificidades y complejidades de la situación; sin embargo, como tal mecanismo no existe, la Corte recuerda que los derechos fundamentales no son exclusivamente aquellos consagrados de manera taxativa en el Título II, Capítulo I de la Carta[15]. Por ende, la seguridad social puede ser un derecho fundamental por conexidad con otros derechos de rango fundamental, cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad (C.P. art. 46)[16]. Así mismo, la doctrina constitucional ha señalado que, cuando se afecte el mínimo vital de personas de

---

[14] Sentencia C-251 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 8.

[15] T-002 de 1992,

[16] Puede consultarse, entre otras, las sentencias T-181 de 1993, T-426 de 1992,

la tercera edad, el derecho al pago de la pensión de vejez o de jubilación también tiene el carácter de derecho constitucional fundamental[17], como quiera que se deriva directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social[18] y al trabajo, pues "nace y se consolida ligado a una relación laboral"[19]. Igualmente, en determinados casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexidad con la violación a la igualdad o al debido proceso, conforme a la doctrina constitucional elaborada por esta Corporación en la sentencia SU-111 de 1997. En tales circunstancias, la Corte entiende que la tutela puede ser procedente en aquellos casos en que la acumulación de esas semanas, y por ende el traslado de las sumas cotizadas, aparecen asociados al desconocimiento del mínimo vital o a la violación de la igualdad y del debido proceso.

16. La anterior posibilidad protege las semanas y tiempos laborados en aquellos casos en que un trabajador se afilia a una nueva EAP y la anterior empresa o entidad previsional privada, según el caso, conservan una adecuada solvencia y liquidez financieras. Sin embargo, ¿qué sucede cuando se trata de situaciones colectivas derivadas de un deterioro de la capacidad económica de la empresa o la caja susceptible de poner en peligro la posibilidad misma del traslado del bono pensional? En estos eventos, la Corte considera que, para proteger adecuadamente los derechos a la pensión de los trabajadores, y en especial la posibilidad de exigir el traslado de las sumas cotizadas para poder acumular tiempos y semanas ante otra EAP, es necesario tomar en cuenta los criterios sentados por esta Corporación en anteriores decisiones en donde tuvo que estudiar situaciones similares[20]. Dijo entonces esta Corte:

> *"Las normas legales que obligan a las empresas que han asumido directamente el pasivo pensional a constituir las garantías necesarias para asegurar el pago oportuno de las mesadas pensionales (art. 13 Ley 171 de 1961 y artículo 10 del Decreto Reglamentario 426 de 1968); aquellas que establecen la figura de la conmutación pensional, aún a riesgo de que la empresa tenga que liquidarse o de que se dejen de pagar otros créditos (Decreto 2677 de 1971 y Decreto reglamentario 1572 de 1973); las que adjudican a las autoridades públicas la tarea de vigilancia y control de las empresas que tienen acreencias pensionales (art. 486 del Código Sustantivo del Trabajo); entre otras, deben ser entendidas como el desarrollo manifiesto del deber de especial protección que la Carta impone a los poderes públicos respecto de las personas de la tercera edad.*
>
> *Así por ejemplo, el Decreto 2677 de 1971 indica que habrá lugar a la conmutación pensional cuando una empresa con pensiones de jubilación pendientes entre en proceso de cierre o de liquidación, o en cualquier otra circunstancia que pueda "hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores". En estos casos el Instituto Colombiano de Seguros Sociales iniciará los trámites de rigor y, dado el caso, procederá a dictar la correspondiente resolución ordenando el pago de la suma necesaria para garantizar los derechos comprometidos. El artículo 9º del mencionado decreto indica que no se autorizará la liquidación ni el cierre mientras la empresa interesada no presente la constancia de pago, a favor del ICSS, de la suma necesaria para que el Instituto pueda*

---

[17] Sentencias T-005 de 1995, T-063 de 1995, T-323 de 1996, T-606 de 1995, T-051 de 1996, T-202 de 1996, T-081 de 1997, T-299 de 1997, entre muchas otras.

[18] Sentencias T-135 de 1993, T-181 de 1993, T-156 de 1995, T-437 de 1995.

[19] Sentencia T-453 de 1992, T-181 de 1993.

[20] Ver las sentencias T-229 de 1997, T-339 de 1997 y T-458 de 1997.

sustituirla en el pago de sus obligaciones pensionales. Adicionalmente, el artículo 9º del Decreto 1572 de 1973, establece, claramente, que "los patronos o empresas a cuyo cargo existan obligaciones pensionales y que aún no tengan constituida garantía suficiente para pagarlas, no podrán efectuar enajenación de sus haberes, ni negociación alguna con respecto a ellos, desde el momento en el que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social haya iniciado los estudio de que trata este Decreto -se refiere a los estudios para adelantar el trámite de conmutación pensional-, lo cual se hará saber al patrono o empresa por comunicación oficial". A este respecto, el parágrafo del artículo citado señala: "La enajenación o negociación que las empresas o patronos efectúen con violación de este artículo tendrá causa ilícita".

Si una empresa que ha asumido directamente el pasivo pensional incumple las normas que tienden a garantizar el pago prioritario de las acreencias pensionales, las autoridades competentes deben actuar de inmediato para evitar la eventual vulneración de los derechos fundamentales de los pensionados" [21].

La Corte entiende que, conforme a lo anterior, es deber de las autoridades estatales, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones pueda afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los periodos laborados ante distintos patronos. Por ende, las autoridades deberán intervenir eficazmente en estos casos, incluso recurriendo, cuando sea necesario, a medidas drásticas como la conmutación pensional.

17. Por las anteriores razones, la Corte condicionará la exequibilidad de la disposición impugnada a fin de resguardar los derechos de los trabajadores, en función del principio hermenéutico de concordancia práctica y a fin de proteger el derecho al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones (C.P. arts. 38 y 53). Con todo, esta Corporación precisa que esos mecanismos en manera alguna implican una absolución de las responsabilidades de quienes hayan incumplido sus obligaciones en materia pensional, ya sea que se trate del empleador que no efectúa el traslado de las cotizaciones o de la EAP que no ejerce adecuadamente sus funciones. Por todo ello la Corte reitera que las entidades administradoras de pensiones y los órganos administrativos encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas a los empleadores, deberán actuar con toda energía, eficiencia y prontitud para que los traslados correspondientes a las cotizaciones obrero-patronales se realicen de manera oportuna y no afecten los derechos económicos de las entidades respectivas, para lo cual deberán utilizar todos los medios jurídicos y técnicos necesarios que les permitan mantener el equilibrio financiero. En particular, esta Corporación destaca que las omisiones de vigilancia y control por parte de las entidades estatales podrían acarrear no sólo responsabilidades individuales de funcionarios específicos, sino que pueden también comprometer, en determinados eventos, la propia responsabilidad del Estado. En efecto, en razón a que al Estado le corresponde efectuar una función de vigilancia y control de los servicios públicos (art. 365), es su deber que otorgue una garantía de estabilidad y consolidación económica de las empresas que administran la seguridad social. En este orden de ideas, la inspección que ejercen las superintendencias autorizadas debe ser eficiente, eficaz y rápida (C.P. art. 209), pues lo contrario exige que el Estado asuma la responsabilidad económica que se origina por su negligencia (C.P. art. 90).

---

[21] Sentencia T-458 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 25.

El sistema de salud y el sentido de la norma acusada.

18. El artículo 209 de la Ley 100 de 1993 acusado dispone que, en el sistema contributivo, la ausencia de cotización es causal de suspensión de la afiliación al sistema general de seguridad social en salud. Por ende, la norma autoriza que cuando se presenta incumplimiento del pago de la cotización no se suministre el servicio de salud. Sin embargo, conviene aclarar que en caso de trabajadores asalariados, el empleador está obligado tanto a descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio, como a girar los aportes y las cotizaciones a la entidad promotora de salud (inciso 2° del art. 161 de la Ley 100 de 1993). Por tal razón, incluso en el caso en que no se hubiere realizado la deducción obligatoria, el empleador es responsable por la totalidad del aporte (art. 22 en consonancia con el 161 de la Ley 100 de 1993). Por consiguiente, el momento jurídico del pago de la cotización coincide con el descuento de la cuota correspondiente, sólo en el caso de los trabajadores dependientes. Por el contrario, para los otros afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, esto es para pensionados y trabajadores independientes con capacidad económica, el pago de la cotización debe ser directo.

19. Este contenido de la norma se entiende mejor si tenemos en cuenta que la Ley 100 de 1993 estructura un sistema de seguridad social en el cual no existe sólo una relación entre el trabajador y el patrono, sino que también entran en juego las entidades promotoras de salud (EPS), que son las responsables de la afiliación de los trabajadores, del recaudo de las cotizaciones y de controlar que las instituciones prestadoras de salud (IPS) lleven a cabo una atención adecuada de los usuarios de la respectiva EPS. Existe pues, en relación con los asalariados, una relación triangular similar a la descrita para el caso de las pensiones en el fundamento 8 de esta sentencia.

Es más, en salud la relación es incluso más compleja ya que las EPS, si bien deben recaudar las cotizaciones, no financian los servicios directamente con base en estos dineros sino a partir de las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben del sistema por cada afiliado. En efecto, conforme al artículos 205 de la Ley 100 de 1993, en el régimen contributivo, las EPS recaudan por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (FSG), por lo cual deben descontar de las cotizaciones el valor de las Unidades de Pago por Capitación -UPC- fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladar la diferencia al fondo. En caso de que la suma de las UPC sea mayor que los ingresos por cotización, el FSG cancela la diferencia a las EPS que así lo reporten.

Como vemos, el sistema de salud diseñado por la Ley 100 de 1993 se fundamenta en unas relaciones jurídicas complejas e interconectadas, por lo cual es necesario tener en cuenta tanto el derecho a las prestaciones de salud del trabajador a quien se le realizaron los descuentos como los alcances de la relación jurídica existente entre las entidades administradoras de la seguridad social y el empleador, así como los vínculos entre las EPS y el FSG.

Ahora bien, pese a que en ocasiones se confunden, las consecuencias jurídicas de estas relaciones, lo cierto es que ellas no son las mismas, como quiera que cuando un trabajador decide afiliarse a una entidad determinada, inmediatamente vincula a su empleador, quien será el medio para conseguir la protección de sus derechos constitucionales. Por consiguiente, si se eluden los deberes que se derivan de cada una de las relaciones, las consecuencias jurídicas serán diferentes. En efecto, al estudiar con detenimiento el momento de la afiliación y de la cotización al sistema de salud, se evidencia que las consecuencias del incumplimiento de las dos relaciones encuentran claras coincidencias y diferencias legales. Así, la negativa a la afiliación, como es obvio, no vincula jurídicamente a la entidad administradora de seguridad social, y el empleador se obliga a asumir directamente el pago de los servicios médicos (art. 161 de la Ley 100 de 1993).

En consecuencia, si no hay afiliación, la entidad promotora de salud no debe prestar los servicios al trabajador, como quiera que "la existencia del sistema de seguridad social no desplaza la obligación primaria radicada en cabeza del patrono"[22]. No obstante, la inobservancia de la obligación de cotizar a la seguridad social genera sanciones moratorias, administrativas y disciplinarias en caso de que el incumplimiento del deber se ocasione por culpa de un servidor público. Igualmente, si el patrono no transfiere a las EPS las sumas retenidas, no solamente se encuentra sujeto a las sanciones administrativas y económicas previstas por la Ley 100 de 1993 sino que además su conducta podría ser penalmente sancionada, pues estaría desviando recursos que no son suyos, ya que tales dineros, tal y como esta Corte lo ha precisado, son contribuciones parafiscales afectadas a propósitos específicos[23]. De la misma manera, la posición jurídica de la entidad que administra la seguridad social frente al incumplimiento de la afiliación y de la cotización no es la misma, como quiera que mientras la omisión de afiliación no le genera potestades ni deberes, la negligencia en el pago de la cotización sí, puesto que puede exigir judicialmente su cumplimiento.

En síntesis, las relaciones jurídicas que surgen entre el empleador y la entidad de seguridad social son jurídicamente separables de aquellas que se derivan del vínculo entre el trabajador y los entes que administran los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, puesto que aun en caso en que se imponga una sanción por omisión y que se logre el pago de la cotización, el derecho del trabajador no se agota sino que es indispensable que se garantice la efectividad del mismo (C.P. art. 2°). En este orden de ideas, la pregunta obvia que surge es la siguiente: ¿el incumplimiento del deber de cotizar justifica constitucionalmente la interrupción de los servicios de salud al empleado por parte de la EPS e incluso la suspensión de la afiliación al sistema, tal y como lo establece la norma acusada? Para responder a ese interrogante, la Corte procederá a determinar cuál es el alcance constitucionalmente protegido al derecho a la seguridad social en materia de salud, para luego establecer si la aparente restricción consagrada por la disposición impugnada es legítima.

Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud.

20. La jurisprudencia de la Corte distingue entre la salud como un servicio público capaz de generar derechos prestacionales y como servicio del cual derivan derechos fundamentales[24]. Así, la prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C.P. arts. 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad[25] con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. En ese

---

[22] Sentencia T-005 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[23] Sentencia C-575 de 1992. Magistrado Sustanciador Dr. Alejandro Martínez Caballero.

[24] En relación con el tema pueden verse las sentencias T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz, T-409 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[25] Al respecto pueden consultarse las sentencias T-130 de 1993, T-116 de 1993, T-366 de 1993, T-13 de 1995, T-005 de 1995, T-271 de 1995, T-312 de 1996, T-314 de 1996, entre otras.

orden de ideas, parece claro que la Constitución no consagra para todas las personas un derecho judicialmente exigible a acceder en forma inmediata a cualquier prestación sanitaria ligada con la seguridad social. Sin embargo, ello no significa que no exista un derecho constitucionalmente protegido en este campo, pues la Carta garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y al acceso a los servicios de salud (C.P. arts 48 y 49). Una pregunta obvia surge entonces: ¿cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud en materia de seguridad social?

Para la Corte la respuesta es clara: en la medida en que corresponde a la ley definir cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y establecer sistemas de acceso a la seguridad social, debe entenderse que toda persona que cumpla con los requisitos legales para ingresar y permanecer en el sistema de salud, tiene igualmente un derecho constitucionalmente protegido a recibir las correspondientes prestaciones médicas. Ahora bien, el sistema general de seguridad social en salud, que estableció la Ley 100 de 1993, diseñó dos subsistemas que regulan su financiación, a saber: el subsidiado, para el grupo poblacional que no tiene los medios económicos para cotizar y, el contributivo conformado por quienes aportan en proporción a su capacidad económica. Los dos subsistemas comprenden seis planes: el plan de atención básica en salud PAB, el plan obligatorio de salud POS, el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado POSS, el plan de accidentes de trabajo y enfermedad profesional ATEP, el plan de atención de accidentes de tránsito y eventos catastróficos; y los planes complementarios PACS que los define el artículo 3° del Decreto 1938 de 1994.

Igualmente, la misma Ley 100 de 1993 señaló que para entrar al sistema contributivo de salud, el trabajador dependiente escoge una EPS y efectúa las cotizaciones al patrono, quien debe remitirlas a la EPS. Así las cosas, la Corte concluye que en principio tiene un derecho constitucionalmente protegido a las anteriores prestaciones de salud todo asalariado afiliado al sistema de salud, y a quien el patrono le ha efectuado la retención de las sumas definidas por la ley.

La proporcionalidad de la regulación impugnada.

22. Una vez definido el alcance o contenido constitucionalmente protegido del derecho a la seguridad social en materia de salud, entra la Corte a estudiar la legitimidad de la regulación impugnada, para lo cual es indispensable distinguir, de un lado, la no cotización al sistema contributivo de trabajadores dependientes y, de otro lado, el incumplimiento en el pago del aporte de pensionados, jubilados y personas que no tienen relación laboral. Así, en el segundo caso, las personas realizan directamente los aportes, por lo cual la relación con la entidad promotora de salud es lineal y como tal genera derechos y deberes recíprocos directos. Por consiguiente, la suspensión del servicio de salud por falta de cotización no transgrede la buena fe, pues el principio general del derecho impone que nadie puede alegar su propia culpa. Además, en este caso no existe en sentido estricto una restricción al derecho constitucional del trabajador independiente ya que, como se vio, la persona adquiere el derecho a la prestación en salud en la medida en que ha cumplido con las obligaciones establecidas por la ley, como es efectuar la correspondiente cotización. Por ende, la aplicación de la norma en este caso es perfectamente legítima.

Por el contrario, en el caso de los trabajadores dependientes, la situación es más compleja ya que la disposición parece limitar el derecho a la salud, puesto que un asalariado a quien le han retenido sus cuotas puede sin embargo ver suspendida la atención prevista por la ley, en caso de que el patrono no haya efectuado su aporte o no haya trasladado la totalidad de la cotización

a la correspondiente EPS. El interrogante es entonces si esa aparente restricción es conforme a la Carta, esto es, si es válido que el incumplimiento del patrono de cotizar la parte que le corresponde y efectuar los traslados a la EPS de las sumas retenidas al trabajador puede implicar la interrupción de los servicios de salud por parte de la EPS, e incluso la suspensión de la afiliación al sistema, tal y como lo establece la disposición impugnada.

El caso de los trabajadores asalariados.

23. Para responder al anterior interrogante es necesario tener en cuenta que la disposición acusada busca hacer efectivo el derecho a la seguridad social (C.P. art. 49) de quienes oportuna y cumplidamente cotizan con las entidades administradoras de salud, con lo cual se pretende, además, proteger los recursos parafiscales[26] de la seguridad social y exigir un grado importante de eficiencia en el pago y las transferencias de las cotizaciones, las cuales, en virtud del principio de solidaridad, revierten en beneficio no sólo del asalariado y su familia sino también de otras personas, en virtud de la existencia del régimen subsidiado de salud. Se trata pues de finalidades que no solo son jurídicamente legítimas, sino que tienen gran importancia, conforme a los valores constitucionales, puesto que la Carta establece que la eficiencia y la solidaridad son principios que orientan el sistema de seguridad social en salud (C.P. arts. 48 y 49), por lo cual se deben proteger los recursos económicos que financian el sistema.

24. La norma acusada es igualmente útil y apropiada para favorecer los fines perseguidos. En efecto, en la medida en que las EPS quedan relevadas del deber de atender las prestaciones de salud cuando el patrono no ha transferido las cotizaciones, entonces se protegen los recursos parafiscales de la seguridad social y se estimula la eficiencia del sistema, por cuanto la suspensión de la afiliación por el no pago de la cotización implica que el patrono queda obligado a asumir las prestaciones de salud. En ese orden de ideas, la norma acusada estimula a los patronos a que cumplan con su deber de cotizar y transferir los dineros a la respectiva EPS. Además, es una norma compatible con la lógica general de funcionamiento del sistema de salud diseñado por la Ley 100 de 1993. En efecto, debe recordarse que las EPS prestan los servicios con base en sus recursos, los cuales provienen en lo esencial de las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben del sistema por cada afiliado. Por tal razón, es deber de la EPS remitir la cotización recibida al fondo de solidaridad para tener derecho a la correspondiente UPC; por ende, si el empleador no paga, entonces la EPS no recauda la cotización, y no puede compensar con el fondo de garantía, por lo cual podría resultar injusto exigir a la EPS que atienda al trabajador, cuando no ha recibido los dineros -la correspondiente UPC- necesarios para realizar la respectiva prestación sanitaria.

25. Finalmente, en relación con la proporcionalidad de la medida, la Corte considera que es necesario distinguir las dos consecuencias previstas por la norma, ya que ésta establece no sólo la interrupción de la prestación del servicio sino incluso la suspensión de la afiliación,

Así, la Corte considera que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. En efecto, conforme al artículo 164 de la Ley 100 de 1993, el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo "podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año". Por ende, la Corte considera que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su

[26] Sentencia C-179 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz

empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.

Por el contrario, la interrupción de los servicios por parte de la EPS es proporcionada ya que en el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues, conforme al parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si éste no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente. Es cierto que todo el sistema de seguridad social está estructurado sobre la idea de que las entidades idóneas para satisfacer las prestaciones en salud son las EPS y las IPS. Y esa presunción es razonable, ya que la mayor parte de los patronos no tiene la competencia técnica ni la solvencia financiera para garantizar efectivamente a sus trabajadores las prestaciones sanitarias definidas por la ley. Sin embargo, no por ello la norma impugnada es contraria a la Carta, pues debe recordarse que el derecho a la salud es de amplia configuración legal, por lo cual debe reconocerse al Congreso la posibilidad de regular de distintas formas el acceso a la salud. En estos casos no procede un examen estricto de proporcionalidad pues la propia Constitución ha deferido a la ley la delimitación misma de gran parte del contenido del derecho. Por todo lo anterior, la Corte considera que en principio se ajusta a la Carta que, en caso de mora patronal, se autorice la interrupción de los servicios por la EPS a los asalariados, tal y como lo prevé la norma impugnada.

La presente decisión y la jurisprudencia constitucional sobre la mora patronal en el pago de los aportes de salud.

26. Podría objetarse que los anteriores criterios contradicen varios precedentes de esta Corporación en materia de tutela, en donde se habían señalado otras consecuencias para la mora patronal en el pago de las cotizaciones a la salud. Y lo cierto es que sobre el tema de quien es el llamado a prestar el servicio de salud cuando se presenta la mora patronal, la Corte Constitucional ha esbozado dos tesis en sus decisiones de tutela. La primera puede analizarse en las sentencias T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-154A de 1995 y T-158 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-072 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-202 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz, en donde se dispone que, con base en los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social, la EPS debe continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro. Por el contrario, la segunda tesis considera que si por descuido o dolo del empleador aquel no realiza los correspondientes traslados, él debe prestar directamente los servicios médicos. (Sentencias T-330 de 1994 y T-01 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-341 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-571 de 1994 y T-131 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía, T-005 de 1995 y T-287 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

27. Estas divergencias se explican, en muchos casos, por la diversidad de las situaciones concretas, propias de las decisiones de tutelas. Además, como se ha señalado, si bien es válido que la ley atribuya al patrono el deber de responder por los servicios de salud, en caso de mora o incumplimiento, lo cierto es que este traslado de la obligación no exonera integralmente a la EPS de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir, por negligencia en la vigilancia

de que se realicen los aportes. En efecto, la Ley 100 de 1993 confiere herramientas para facilitar no sólo la eficiencia en el reconocimiento de los derechos a la seguridad social, sino también la eficiencia en el cobro de las acreencias en favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin de que se protejan y se hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y el principio de solidaridad. Igualmente, y con el fin de fortalecer estas posibilidades de cobro por parte de estas entidades, el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 determinó que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro del libro quinto del estatuto tributario, "serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las Leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993". Esto significa que, al igual que las entidades administradoras de pensiones, se entiende que las EPS tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal.

Por ende, las EPS cuentan con los instrumentos para cobrar los aportes y tienen el deber jurídico de administrar eficientemente los recursos, como quiera que el principio de eficiencia, especialmente consagrado para la seguridad social y para la salud (C.P. arts. 48 y 49), dispone una gestión adecuada para el cobro de las acreencias a su favor. Así pues, cuando la EPS no cumple con su deber de administrador eficiente de los recursos falta a la "esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes" (art. 63 del Código Civil).

Existe pues una responsabilidad compartida entre la EPS y el patrono, por lo cual puede ser procedente que en determinados casos, y según las particularidades de las diversas situaciones, los jueces de tutela ordenaran a uno o al otro el cumplimiento de las prestaciones de salud que eran necesarias para proteger un derecho fundamental.

28. A pesar de lo anterior, la Corte considera necesario fijar algunos criterios generales para resolver estos conflictos derivados de mora patronal, de conformidad con los razonamientos adelantados sobre la constitucionalidad de la disposición impugnada.

Ahora bien, la jurisprudencia es unánime en relación con la imposibilidad de que la responsabilidad por el no pago de los aportes patronales recaiga sobre el trabajador, pues esto "implicaría trasladar al trabajador, activo o retirado, sin razón jurídica atendible, las nocivas consecuencias de la negligencia e irresponsabilidad patronal"[27]. Por consiguiente, si el empleador no efectúa oportunamente las transferencias de los aportes obrero- patronales en materia de salud, que efectivamente fueron deducidos de los salarios, las consecuencias jurídicas de su incumplimiento no pueden afectar el derecho del trabajador a la salud[28], más aún cuando "la omisión del empleador es incompatible con la confianza depositada por el trabajador", por ende el principio de la buena fe (C.P. art. 83), resultaría de ese modo quebrantado" [29].

Igualmente, la jurisprudencia es clara en que la obligación del empleador no puede ser reemplazada por aquella de la Entidad Promotora de Salud, ni que su deber se exonera con la intervención de la entidad administradora, como quiera que la cotización es una forma indispensable y obligatoria para acceder a los servicios, pues estas son entidades de seguridad social y no de beneficencia. (Sentencia T-522 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell).

---

[27] Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[28] Sentencia T-606 de 1996, T-072 de 1997. T-171 de 1997, T-299 de 1997, T-202 de 1997, T-398 de 1997.

[29] Sentencia T-323 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Se reiteró en la sentencia T-299 de 1997.

Finalmente, la jurisprudencia coincide en relación con la procedencia de la acción de tutela en aquellos eventos en donde la desatención del derecho a la salud puede comprometer derechos fundamentales como la vida, caso en el cual el juez podrá ordenar ya sea a la EPS, o ya sea al patrono, según las circunstancias específicas, que presten el servicio indispensable y que luego resuelvan las controversias derivadas de la relación jurídica que los une.

La interpretación conforme a la Carta de la norma acusada.

29. En ese orden de ideas, la Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia. Sin embargo, en determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente que se ordene a la EPS, como lo ha hecho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela, que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido.

Igualmente, la Corte también considera que en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, la aplicación de la norma puede resultar inconstitucional incluso si no está en juego un derecho fundamental, ya que en tal caso habría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, pues éste habría cotizado las sumas exigidas por la ley, y sin embargo no puede reclamar los servicios a que tiene derecho. Por ende en tales eventos, la Corte considera que también podría el trabajador exigir la prestación sanitaria a la EPS, la cual podrá repetir contra el patrono.

30. Esto muestra pues que la norma acusada es exequible en el entendido de que mantiene una responsabilidad subsidiaria de las EPS a fin de proteger el derecho a la salud del trabajador, frente a la responsabilidad primaria que recae en el patrono. Esta responsabilidad originaria del empleador en caso de mora encuentra fundamento no sólo en elementales principios de responsabilidad, sino, en la propia Carta. En efecto, el artículo 53, que regula los principios mínimos del derecho laboral, señala que se debe garantizar al trabajador la seguridad social. Se entiende entonces que esa norma constitucional, que se proyecta esencialmente en el ámbito de las relaciones entre patrono y empleado, está estableciendo que el responsable primario de garantizar la seguridad social de los trabajadores es el propio patrono, lo cual armoniza con el sistema diseñado por la Ley 100 de 1993, según la cual éste tiene a su cargo la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. Por ende, en caso de incumplimiento de este deber legal "aquellos asumen directamente la responsabilidad de prestar el servicio"[30] (art. 161 de la Ley 100 de 1993).

31. Finalmente, la Corte entiende que en situaciones de mora patronal, esta obligación de prestar los servicios de salud, ya sea directamente y en forma primaria por el patrono, o subsidiariamente por las EPS en determinados eventos, cubre también al grupo familiar del trabajador. En efecto, la especial protección constitucional que se le brinda al núcleo familiar (C.P. arts. 5° y 42) impone al Estado y a la sociedad la garantía de su protección integral. Por ello es natural que, en desarrollo de ese mandato, se establezca que los beneficios que se establecen para el trabajador afiliado a los sistemas se aplican también a su familia, tal y como

[30] Corte Constitucional. Sentencia T-072 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

lo señala el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que el plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Por ende, si la mora patronal acarrea la suspensión de los servicios de salud para la familia del trabajador, es natural que el patrono deba primariamente también responder por tales servicios, pero que, por la responsabilidad compartida, las EPS deban, en los casos mencionados en los anteriores fundamentos de esta sentencia, responder subsidiariamente.

32. Como vemos, las anteriores precisiones no favorecen el incumplimiento del empleador ya que éste no se exonera de la obligación de transferir la cotización, puesto que la entidad promotora de salud está en todo su derecho de repetir el pago contra el empleador y así hacer efectiva la correspondiente obligación, pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se dispc ıen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social. Además, la Corte precisa que en todo caso subsisten las sanciones administrativas, financieras y, si es el caso, penales que la ley prevé para el incumplimiento del patrono.

33. Finalmente, y contrariamente a lo sostenido por uno de los intervinientes, tampoco encuentra esta Corporación que impliquen una violación a la igualdad las anteriores consideraciones, que están destinadas exclusivamente a asegurar las prestaciones de salud, ya sea primariamente por el patrono o subsidiariamente por la EPS, al trabajador que efectivamente cotizó, pero el empleador no transfirió esa cotización y no cumplió con su parte. En efecto, en este caso el punto de comparación para realizar el juicio de igualdad no es, como equivocadamente lo señalan los intervinientes, entre los empleadores que acatan sus obligaciones o quienes las incumplen, sino entre los trabajadores que realizan los aportes cuyo empleador realiza la transferencia y a quienes no, como quiera que las consecuencias jurídicas que se imponen en la norma acusada no son para los empleadores sino para los trabajadores. Por ende, no viola la igualdad sino que por el contrario la realiza que el juez constitucional asegure las mismas prestaciones sanitarias a trabajadores que han cumplido en la misma forma con su deber de contribuir a la financiación del sistema pagando su respectiva cotización.

Decisión a tomar

34. Conforme a lo anterior, la Corte concluye que el primer segmento del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, según el cual "el no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio" es claramente constitucional cuando se trata de la suspensión de servicios en caso de personas no vinculadas a través de relación laboral, esto es de pensionados, jubilados y trabajadores independientes, pues ellos directamente deben realizar los pagos de las correspondientes cotizaciones. Por el contrario, y como se ha visto en los anteriores fundamentos de esta sentencia, es necesario condicionar el alcance de esta norma a fin de adecuarla a la Carta, cuando se trata de trabajadores dependientes y a servidores del Estado, pues una aplicación literal puede transgredir los artículos 13, 49 y 83 de la Constitución. Es por ello que se declarará la exequibilidad condicionada de ese aparte.

Así, y como se precisó en el fundamento 25, la suspensión de la afiliación resulta desproporcionada en estos casos. Por el contrario, la interrupción de los servicios de salud por la EPS es conforme con la Carta, pero con las precisiones efectuadas en los fundamentos 29 a 31 de esta sentencia, esto es, que el patrono asume la obligación primaria de prestar tales servicios al trabajador y a su grupo familiar y que subsiste una responsabilidad subsidiaria de la EPS en determinados eventos.

35. En relación con la parte final del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, que dispone expresamente que "por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase", la Corte considera que es necesario también condicionar su constitucionalidad por las siguientes razones:

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución solo la atención básica de salud debe ser gratuita para todas las personas, por ende es razonable que el incumplimiento de una obligación pecuniaria en este campo origine las consecuencias económicas que le garanticen, a la entidad que debe responder por el servicio, la estabilidad y el equilibrio del sistema. Además, el artículo 365 de la Constitución dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, el cual debe leerse en concordancia con el artículo 2° de la Carta que dispone como fin de nuestro Estado la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución. Por tal razón, si no existen serias consecuencias contra el empleador o el individuo que incumple, no se garantiza "a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud" (C.P. art. 49). Finalmente, no debe olvidarse que el actual sistema de seguridad social en salud se diseñó para también favorecer a las personas sin capacidad de pago, pues a través del fondo de solidaridad se busca hacer efectivo el derecho a la salud de quienes objetivamente no pueden cotizar en el sistema. Por ende, si no existen mecanismos jurídicos que garanticen el pago efectivo de la cotización de quienes pueden hacerlo, se desconoce el deber ciudadano de solidaridad social que contempla el numeral 2° del artículo 95 constitucional. Por todo lo anterior, la Corte considera que en aquellos casos en que el incumplimiento es imputable al patrono, entonces no existe ninguna razón para que se lo excluya del pago de intereses, pues ello constituye una invitación a eludir el pago de esas contribuciones parafiscales.

Por el contrario, en el caso de los trabajadores independientes y pensionados, la Corte considera que es razonable el mandato según el cual durante el periodo de la suspensión, no se podrá causar deuda ni interés de ninguna clase. En efecto, en tales eventos, la suspensión de la afiliación constituye una consecuencia drástica para la persona afectada, por lo cual se justifica que se lo exima del pago de intereses, a fin de no hacer excesivamente gravosa su posterior vinculación al sistema de salud. Por ende, también se condicionará la exequibilidad de esta frase.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE el segundo inciso del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor dispone "en los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente al trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora", en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, es deber de las autoridades de control, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones puedan afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los periodos laborados ante distintos patronos; y que el trabajador puede exigir al empleador o a la caja, según el caso, el traslado, con base en el cálculo actuarial, de la sumas anteriormente cotizadas, las cuales deberán ser recibidas, salvo justa

causa, por la entidad administradora a la cual se afilie, siendo procedente la tutela si se puede ver afectado el mínimo vital, la igualdad o el debido proceso.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, en los casos que se aplique a los afiliados al sistema contributivo no vinculados a través de relación de trabajo. En relación con los asalariados y servidores públicos, la norma ese EXEQUIBLE pero en los términos señalados en los fundamentos 25, 29, 30, 31, 33 y 34 de esta sentencia.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ANTONIO BARRERA CARBONELL Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
-Con aclaración de voto-

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO,Magistrado
-Con claración de voto-

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-177
mayo 4 de 1998

SUSPENSION DE AFILIACION-No pago de cotizaciones imputable al afiliado/
DERECHO A LA SALUD-Protección

No comparto la obligación que se genera a cargo de las entidades administradoras de pensiones carece de sustento legal y, además, representa una carga financiera excesiva e injusta que puede fácilmente desequilibrar el sistema y, a la postre, repercutir en mayores costos a cargo de todos los trabajadores. Compete, en realidad, al legislador crear y aplicar fórmulas adecuadas para evitar que el trabajador resulte perjudicado a raíz de las omisiones del patrono. Por vía judicial no pueden ensayarse mecanismos generales que, además, tienen un impacto económico enorme sobre personas y entidades que son igualmente ajenas a la conducta culposa o criminal de los patronos.

Referencia: Expediente D-1825.

Aclaro mi voto en el sentido de que, según pienso, los condicionamientos introducidos y su magnitud, en el caso del artículo 209 acusado, hacen en realidad inexequible tal disposición, que es precisamente lo que ha debido declararse de manera mucho más simple y efectiva.

En mi criterio, la suspensión de la afiliación y el derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio sólo pueden tener lugar si se demuestra que el no pago de la cotización es imputable al afiliado. Como la norma no hizo esa distinción, por válidas que sean las consideraciones de carácter económico desde el punto de vista de la entidad prestadora de tales servicios, no se ajusta a la Carta Política dejar desprotegido al afiliado y a sus beneficiarios en materia tan delicada como la salud, cuya desatención pone en peligro la vida. Otra cosa es que pueda la entidad cobrar las cotizaciones dejadas de percibir a quien las debe, obligándolo a reconocer los intereses respectivos.

De allí que me inclinara por la inexequibilidad, que finalmente no se declaró.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

Fecha, ut supra.

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-177
mayo 4 de 1998

OBLIGACION A CARGO DE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS DE PENSIONES-Carga financiera excesiva/LEGISLADOR-Aplicación de fórmulas para evitar perjuicios al trabajador por omisiones del patrono

En mi criterio, la suspensión de la afiliación y el derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio sólo pueden tener lugar si se demuestra que el no pago de la cotización es imputable al afiliado. Como la norma no hizo esa distinción, por válidas que sean las consideraciones de carácter económico desde el punto de vista de la entidad prestadora de tales servicios, no se ajusta a la Carta Política dejar desprotegido al afiliado y a sus beneficiarios en materia tan delicada como la salud, cuya desatención pone en peligro la vida. Otra cosa es que pueda la entidad cobrar las cotizaciones dejadas de percibir a quien las debe, obligándolo a reconocer los intereses respectivos.

Referencia: Expediente D-1825.

Normas acusadas: Artículos 33 (parcial) y 209 de la Ley 100 de 1993.

Actora: Olga Lucía Abril.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Con todo respeto procedo a dejar la siguiente aclaración de voto, dado que discrepo parcialmente de la motivación y de las condiciones a las que se sujetó el fallo de exequibilidad.

1. En mi concepto la Corte ha debido limitarse a examinar en punto a las "posibilidades de reconocimiento de semanas trabajadas por falta de traslado", la segunda hipótesis desarrollada con acierto en el fundamento número 10. Las reflexiones que anteceden al indicado fundamento a mi juicio no integran la cosa juzgada, puesto que no se relacionan de manera directa con la disposición acusada. Aunque esta parte de la sentencia tiene el carácter de *obiter dictum,* no la comparto pues la obligación que se genera a cargo de las entidades administradoras de pensiones carece de sustento legal y, además, representa una carga financiera excesiva e injusta que puede fácilmente desequilibrar el sistema y, a la postre, repercutir en mayores costos a cargo de todos los trabajadores. Compete, en realidad, al legislador crear y aplicar fórmulas adecuadas para evitar que el trabajador resulte perjudicado a raíz de las omisiones del patrono. Por vía judicial no pueden ensayarse mecanismos generales que, además, tienen un impacto económico enorme sobre personas y entidades que son igualmente ajenas a la conducta culposa o criminal de los patronos. De otra parte, el derecho a la seguridad social lo desarrolla la ley, claro está, dentro del marco de la Constitución. Equivocadamente se aplica la técnica de la proporcionalidad en

el campo de los derechos prestacionales - cuando su empleo en principio se contrae al caso de los derechos-libertad-, sin reparar que lo que se toma por núcleo esencial es el que determina la ley, la cual a su turno es examinada desde esta perspectiva como intangible para el mismo legislador, vale decir, parte de la obra del legislador se constitucionaliza.

2. La sentencia, en la segunda parte, al referirse al sistema de salud, incurre en una contradicción con lo sostenido en el *obiter dictum,* puesto que no aplica la misma solución, pese a que la situación es semejante. En este caso, la Corte encuentra que no corresponde a las EPS asumir los costos de la mora patronal, pudiendo en consecuencia interrumpir los servicios de salud, tal y como nítidamente lo establece la ley. Empero, a continuación se abre la posibilidad de que a través de la acción de tutela las EPS sean condenadas a cumplir las prestaciones de salud a las cuales no están obligadas, justamente en razón de la mora patronal.

Fecha *ut supra,*

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

SENTENCIA C-183
mayo 6 de 1998

SOCIEDADES FIDUCIARIAS-Comisiones gravadas con IVA/**SOCIEDADES COMISIONISTAS DE BOLSA**-Comisiones exentas de IVA/**SENTENCIA INTEGRADORA**

En el presente caso, el texto acusado de los numerales 3° y 11 del artículo 476 del Estatuto Tributario no es per se *inconstitucional y, por lo tanto, no sería razonable retirarlo del ordenamiento jurídico. La inconstitucionalidad que la Corte ha encontrado en el asunto* sub examine *reside, más bien, en la violación grave e ilegítima de la libre competencia por virtud de un trato diferenciado entre las sociedades fiduciarias y las sociedades comisionistas de bolsa, el cual se produce en razón de la no extensión de la exención del pago del IVA a las comisiones percibidas por las fiduciarias por la prestación de algunos servicios que también prestan las sociedades comisionistas de bolsa, cuyas comisiones sí se encuentran exceptuadas del pago del mencionado tributo en todos los casos. Por otra parte, esta Corporación tampoco podría declarar la exequibilidad simple de los anotados textos legales, toda vez que, con ello, la inconstitucionalidad detectada mantendría su vigencia en detrimento del carácter normativo de la Constitución Política. Por esta razón, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, se hace necesario proceder, en este caso, a formular una sentencia integradora mediante la cual se haga efectivo no sólo el valor normativo de la Carta sino, también, el principio de efectividad de los valores, principios y derechos constitucionales y la función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución confiada a la Corte Constitucional. Además de lo anterior, en este caso particular se trata de dar aplicación al principio de igualdad y a la libre competencia en tanto fundamento y condición de posibilidad de un sistema económico equitativo, eficiente y productivo.*

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA-Intensidad cuando se presente indicio objetivo de inequidad en distribución de cargas públicas

Si del análisis preliminar de una ley tributaria surge un indicio de inequidad o arbitrariedad, derivado de un reparto desigual de la carga tributaria, el examen de constitucionalidad no podrá ser débil. La exacción fiscal normalmente significa un detrimento patrimonial y una mengua de la libertad que, sin embargo, deben soportar las personas a título de deber constitucional y legal. Por esta razón, ya que esta suerte de restricciones o reducciones son connaturales a las leyes impositivas, salvo que las regulaciones sean en sí mismas manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, no cabe por esta circunstancia predicar su inconstitucionalidad. La situación es diferente cuando la ley prima facie *afecta un derecho o garantía constitucionales más allá de lo que pueda históricamente considerarse como efecto normal de la medida tributaria, hasta el punto de que sea posible afirmar que existe un indicio*

de inequidad o arbitrariedad. En este caso, se torna necesario ensayar un test intermedio que, si bien no comprende el estudio de la proporcionalidad estricta de la norma, sí incluye el examen de las razones que la avalan, de modo que la misma será constitucional siempre que se identifique un motivo suficiente para haberla expedido y que permita desvirtuar el señalado indicio.

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CARGA TRIBUTARIA-Test intermedio

La Corte considera que, en este caso, debe aplicar un test intermedio de constitucionalidad. Toda subvención, exoneración o beneficio fiscal, en cuanto abarca solo a un grupo de contribuyentes actuales o potenciales, en cierta medida afecta el principio de igualdad, el cual representa el más importante límite del poder tributario estatal. Sin embargo, la afectación de la igualdad traspasa el umbral de la normalidad cuando dicha subvención, exoneración o beneficio se niega a un contribuyente que se encuentra en la misma situación formal que la de los destinatarios de la norma favorable. Aquí puede aludirse a un indicio de trato discriminatorio. En verdad, la exclusión del pago del IVA para las sociedades comisionistas de Bolsa, en principio, no se compadece con la imposición de dicho gravamen a las sociedades fiduciarias que celebran el mismo giro de negocios. No se apela al test fuerte, puesto que la irrazonabilidad o desproporcionalidad del trato no es manifiesta, sino que figura a nivel de mero indicio. De hecho, se trata de dos entidades distintas que mantienen una semejanza operacional parcial y, por otra parte, de entrada no puede descartarse que el régimen distinto pueda sustentarse en una explicación plausible. El deber cívico de contribuir con el erario, con arreglo a la capacidad económica y en los mismos términos fijados por la ley, se predica por igual de las personas que se encuentran en la misma situación contemplada por la norma. En este caso, el indicio de inequidad surge de limitar el alcance de una exención a un concepto que también cabe predicar de otro sujeto que, sin embargo, se excluye del beneficio fiscal. La Corte debe precisar si la exclusión del mencionado beneficio tiene una razón de ser que la haga admisible. De lo contrario, será patente la violación del principio de igualdad en la carga tributaria.

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CARGA TRIBUTARIA-Indicio de inequidad

El indicio de inequidad que se deduce de la desigual distribución de la carga tributaria, no ha sido desvirtuado y, por el contrario, ha quedado confirmado como quebranto del principio de igualdad en la carga tributaria. Dado que a la Corte no corresponde anular un beneficio de exclusión del IVA -el que se individualiza en cabeza de las sociedades comisionistas de bolsa-, que en sí mismo no es inconstitucional, pero que sí lo llega a ser cuando en él se articula una injustificada y desigual distribución de la carga tributaria, lo procedente será declarar que su exequibilidad se condiciona a que el mismo se extienda a las sociedades fiduciarias cuando ejecuten operaciones similares, vale decir, las ya mencionadas de asesoría financiera, administración de valores y procesos de titularización de activos.

LEY TRIBUTARIA-Efectos en la libre competencia y el mercado

El test intermedio también se justifica en la existencia de un indicio de arbitrariedad que se refleja, en este caso, en la afectación grave de la libre competencia. Las leyes tributarias suelen tener efectos variados en los precios relativos de los bienes y servicios que se ofrecen y demandan en los mercados. Empero, supera este efecto normal, la norma fiscal que, dentro de un determinado mercado, grava el ingreso de un operador y, simultáneamente, deja de gravar sin razón valida aparente el mismo tipo de ingreso de su competidor, generando una ventaja que

reduce notoriamente las posibilidades de emular en cantidad, calidad y precio, hasta el punto de que la intervención unilateral del Estado pueda objetivamente calificarse como arbitraria, inaceptable o no soportable. Examinada con detenimiento la disposición legal acusada se observa que el efecto de distorsión que produce en el mercado de los tres productos financieros anotados, no se sustenta en ninguna política tributaria seria y razonable. Sea que el propósito hubiese sido el de originar una ventaja competitiva en favor de un operador específico en el mercado o simplemente que dejó de advertirse que en realidad quedaba por fuera del beneficio una situación análoga, la distorsión emana de una disposición legal, reviste innegable gravedad y no encuentra asidero racional o razonable alguno. El indicio de arbitrariedad en los dos casos no queda desvirtuado. En un plano objetivo, la disposición legal se proyecta en una grave e ilegítima distorsión del mercado y, por ende, viola la libre competencia.

Referencia: Expediente D-1801.

Actor: Patricia Mier Barros.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 476 (parcial) del Decreto 624 de 1989, "Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales".

Temas: Legislación tributaria y sus efectos en la libre competencia y en el mercado.

Intensidad del juicio de igualdad en materia tributaria cuando se presenta un indicio objetivo de inequidad en la distribución de las cargas públicas.

Principio de igualdad en la carga tributaria.

El mercado como objeto de garantía constitucional.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de constitucionalidad contra el artículo 476 (parcial) del Decreto 624 de 1989, "Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales"

I. TEXTO DE LA NORMA REVISADA

DECRETO 624 DE 1989

(marzo 30)

"Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales"

El Presidente de la República de Colombia

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confieren los artículos 90, numeral 5°, de la Ley 75 de 1986 y 41 de la Ley 43 de 1987, y oída la Comisión Asesora de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

DECRETA:

(...)

Artículo 476. Servicios gravados y sus tarifas. Se exceptúan del impuesto los siguientes servicios:

1. Los servicios médicos, odontológicos, hospitalarios, clínicos y de laboratorio, para la salud humana.

2. (Sustituido por el art. 269 de la Ley 223 de 1995). El servicio de transporte público, terrestre, fluvial, aéreo y marítimo de personas en el territorio nacional. El servicio de transporte nacional e internacional de carga marítimo, fluvial, terrestre y aéreo.

3. (Modificado por el artículo 13 de la Ley 223 de 1995). Los intereses sobre operaciones de crédito, siempre que no formen parte de la base gravable señalada en el artículo 447, las comisiones de los comisionistas de bolsa, los servicios de administración de los fondos del Estado, el arrendamiento financiero (leasing). Los servicios vinculados con la seguridad social de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993.

4. (Modificado por el art. 13 de la Ley 223 de 1995). Los servicios públicos de energía, acueducto y alcantarillado, aseo público, recolección de basuras y gas domiciliario ya sea conducido por tubería o distribuido en cilindros. En el caso del servicio telefónico local, se excluyen del impuesto los primeros 250 impulsos mensuales facturados a los estratos 1 y 2 y el servicio telefónico prestado desde teléfonos públicos.

5. (Modificado por el art. 13 de la Ley 223 de 1995). El servicio de arrendamiento de inmuebles, incluido el arrendamiento de espacios para exposiciones, ferias y muestras artesanales nacionales.

6. (Modificado por el art. 13 de la Ley 223 de 1995). Los servicios de educación prestados por establecimientos de educación preescolar, primaria, media e intermedia, superior y especial o no formal, reconocidos como tales por el Gobierno y los servicios de educación prestados por personas naturales a dichos establecimientos. Están excluidos igualmente los siguientes servicios prestados por los establecimientos de educación a que se refiere el presente numeral: restaurante, cafetería y transporte, así como los que se presten en desarrollo de las Leyes 30 de 1992 y 115 de 1994.

7. Derogado por el artículo 285 de la Ley 223 de 1995.

8. Los servicios de publicidad, de radio, prensa y televisión, incluida la televisión por cable y el servicio de exhibición cinematográfica.

9. Los servicios de clubes sociales o deportivos de trabajadores.

10. (Modificado por el art. 13 de la Ley 223 de 1995). Los servicios de aseo, los de vigilancia aprobados por el Ministerio de Defensa, y los temporales de empleo cuando sean prestados por empresas autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

11. (Modificado por el art. 13 de la Ley 223 de 1995). Las comisiones por operaciones ejecutadas por los usuarios de las tarjetas de crédito y débito; las comisiones percibidas

por las sociedades fiduciarias por concepto de la administración de fondos comunes; y las comisiones de intermediación por concepto de colocación de títulos de capitalización y seguros y reaseguros y los planes de salud del sistema general de seguridad social en salud expedidos por las entidades autorizadas legalmente por la Superintendencia Nacional de Salud, que no estén sometidos al impuesto sobre las ventas.

12. Derogado por el art. 285 de la Ley 223 de 1995.

13. El almacenamiento de productos agrícolas por Almacenes Generales del Deposito.

14. (Adicionado por el art. 13 de la Ley 223 de 1995). Los servicios de reparación a las embarcaciones marítimas y a los aerodinos de bandera o matrícula extranjera.

15. (Adicionado por el art. 13 de la Ley 223 de 1995). Las boletas de entrada a los eventos deportivos, culturales incluidos los musicales, y de recreación familiar.

16. (Adicionado por el art. 13 de la Ley 223 de 1995). Servicio de corte de cabello para hombre y mujer.

17. (Adicionado por el art. 13 de la Ley 223 de 1995). Los siguientes servicios, siempre que se destinen a la adecuación de tierras, a la producción agropecuaria y pesquera y a la comercialización de los respectivos productos:

a) El riego de terrenos dedicados a la explotación agropecuaria.

b) El diseño de sistemas de riego, su instalación, construcción, operación, administración y conservación.

c) La construcción de reservorios para la actividad agropecuaria.

d) La preparación y limpieza de terrenos de siembra.

e) El control de plagas, enfermedades y malezas, incluida la fumigación aérea y terrestre de sembradíos.

f) El corte y recolección mecanizada de productos agropecuarios.

g) El desmote de algodón, la trilla y el secamiento de productos agrícolas.

h) La selección, clasificación y el empaque de productos agropecuarios sin procesamiento industrial.

i) La asistencia técnica en el sector agropecuario.

j) La captura, procesamiento y comercialización de productos pesqueros.

k) El pesaje y el alquiler de corrales en ferias de ganado mayor y menor.

l) La siembra.

m) La construcción de drenajes para la agricultura.

n) La construcción de estanques para la piscicultura.

ñ) Los programas de sanidad animal.

o) La perforación de pozos profundos para la extracción de agua.

Los usuarios de los servicios excluidos por el presente numeral deberán expedir una certificación a quien preste el servicio, en donde conste la destinación, el valor y el nombre de la identificación del mismo. Quien preste el servicio deberá conservar dicha certificación durante el plazo señalado en el artículo 632 del Estatuto Tributario, la cual servirá como soporte para la exclusión de los servicios.

18. (Adicionado por el art. 13 de la Ley 223 de 1995). Los servicios y comisiones directamente relacionados con negociaciones de productos de origen o destinación agropecuaria que se realicen a través de bolsas de productos agropecuarios legalmente constituidas.

PARAGRAFO. En los casos de trabajos de fabricación, elaboración o construcción de bienes corporales muebles, realizados por encargo de terceros, incluidos los destinados a convertirse en inmuebles por accesión, con o sin aportes de materias primas, ya sea que supongan la obtención del producto final o constituyan una etapa de su fabricación, elaboración, construcción o puesta en condiciones de utilización, la tarifa aplicable es la que corresponda al bien que resulte de la prestación del servicio.

Los servicios funerarios, los de cremación, inhumación y exhumación de cadáveres, alquiler y mantenimiento de tumbas y mausoleos, los avisos funerarios de prensa contratados a través de las funerarias y, en general todas las actividades inherentes a los mismos (Adicionado por el art. 15 de la Ley 174 de 1994) (se subraya lo demandado).

II. ANTECEDENTES

1. El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias a él otorgadas por el artículo 90-5 de la Ley 75 de 1986 y por el artículo 41 de la Ley 43 de 1987 expidió el Decreto 624 de 1989, "Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales", el cual fue publicado en el Diario Oficial No. 38.756 de marzo 30 de 1989.

2. La ciudadana Patricia Mier Barros demandó, en forma parcial, el artículo 476 del Decreto 624 de 1989, por considerarlo violatorio de los artículos 2°, 4°, 13, 40, 58, 83, 95-9, 123, 333, 338 y 363 de la Constitución Política.

3. Mediante auto fechado el 7 de septiembre de 1997, el magistrado sustanciador solicitó al Ministerio de Hacienda, a Fedesarrollo, a la Asociación Bancaria de Colombia, a la Asociación de Fiduciarias, a la Asociación de Instituciones Financieras y al Instituto Colombiano de Derecho Tributario que respondieran una serie de interrogantes dirigidos a establecer, básicamente, respecto de cuáles servicios financieros existe competencia entre las sociedades fiduciarias y otro tipo de entidades financieras.

4. El apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante memorial fechado el 6 de noviembre de 1997, solicitó a la Corte Constitucional que declarara la exequibilidad de las normas acusadas.

5. A través de escrito fechado el 6 de noviembre de 1997, la representante legal de la Asociación de fiduciarias solicitó a esta Corporación que declarara la inconstitucionalidad de los numerales 3° y 11 del artículo 476 del Estatuto Tributario.

6. El Procurador General de la Nación, mediante concepto fechado el 1° de diciembre de 1997, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de las normas acusadas.

III. LA DEMANDA

A juicio de la demandante, los numerales 3° y 11 del artículo 476 del Decreto 624 de 1989, modificados por el artículo 13 de la Ley 223 de 1995, son violatorios del principio de igualdad (C.P., art. 13), como quiera que "omiten incluir en su texto a la totalidad de los sujetos que desarrollan la misma actividad que se exceptúa o exenciona del impuesto sobre las ventas o, en los casos en que los considera, restringe el beneficio a una sola de las actividades desarrolladas

por ellos, excluyendo los demás que participan de la misma naturaleza de los que son objeto de la exención, creando con ello un 'beneficio parcial' que no encuentra justificación constitucional".

La actora señala que los numerales demandados del artículo 476 del Estatuto Tributario exceptúan del pago del impuesto sobre las ventas a aquellos servicios y actividades de intermediación financiera y a los intereses derivados de operaciones de crédito. Sin embargo, no todas las entidades o personas que desarrollan las anotadas actividades u obtienen los mencionados intereses fueron incluidas en las normas acusadas lo cual, en opinión de la libelista, genera un beneficio fiscal que favorece a entidades y personas que desarrollan el mismo género de actividades y se encuentran en la misma situación de hecho que aquellas que resultaron excluidas. Opina que lo anterior no sólo atenta contra el principio de igualdad sino, también, contra la libertad económica (C.P., art. 333), toda vez que hace más gravoso el ejercicio de las actividades llevadas a cabo por las personas y entidades no cobijadas por el beneficio fiscal establecido en el artículo 476 del Decreto 624 de 1989.

En particular, la demandante considera que la exclusión antes mencionada se produjo con respecto a las sociedades fiduciarias, las cuales sólo resultaron exentas de pagar el impuesto sobre las ventas en punto a "las comisiones que obtengan por concepto de la administración de fondos comunes, y fueron expresamente excluidas las demás comisiones que estas sociedades puedan percibir por actividades que legalmente le están permitidas y que son de la misma naturaleza de las beneficiadas con la exención". Señala que la norma original del Decreto 624 de 1989, antes de su modificación por el artículo 13 de la Ley 223 de 1995, exceptuaba del pago del impuesto sobre las ventas a todas las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias, sin limitar tal exención a las comisiones obtenidas por la administración de fondos comunes.

La actora manifiesta que el objeto legal que el artículo 1226 del Código de Comercio asigna a las sociedades fiduciarias, es decir, la administración o enajenación de bienes específicos afectos al cumplimiento de una finalidad determinada, permite a éstas "desarrollar múltiples actividades iguales o afines a las cobijadas por el beneficio fiscal consagrado en los numerales 3 y 11 del artículo 476 del Estatuto Tributario, calificadas como servicios financieros". En efecto, los artículos 3° y 149 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) determinan que las sociedades fiduciarias son sociedades de servicios financieros a las cuales está autorizado ejecutar las operaciones señaladas en el artículo 29 del mismo Estatuto (celebración de encargos fiduciarios para la realización de inversiones, administración de bienes, otorgamiento de garantías; obrar como agente de transferencia y registro de valores; obrar como representante de tenedores de bonos; prestar servicios de asesoría financiera; etc.). A este respecto, la libelista agrega que "por su propia naturaleza, y en desarrollo de su objeto legal, [las sociedades fiduciarias] podrán igualmente realizar todas aquellas [actividades] permitidas a los comisionistas en materia de inversión, administración o emisión de títulos e intermediación por concepto de la colocación de los mismos, u operaciones de crédito. En tal virtud y bajo el mismo supuesto, deben, las sociedades fiduciarias estar igualmente cobijadas por el beneficio fiscal de la exención del impuesto sobre las ventas, en todas aquellas actividades que adelanten bajo permisión de la ley, de las que puedan derivar las comisiones o intereses que expresamente excluyen del impuesto mencionado los numerales 3 y 11 del artículo 476 del Estatuto Tributario".

De otro lado, la demandante señala que la exención del pago del impuesto sobre las ventas concedida a la actividad financiera por los numerales 3 y 11 del artículo 476 del Decreto 624 de 1989 obedece al carácter instrumental de la misma. En efecto, la actividad financiera es un

instrumento que posibilita el desarrollo de otras actividades económicas que se encuentran gravadas por el impuesto sobre las ventas. Por esta razón, y con el fin de evitar que las actividades económicas resultaran doblemente gravadas, la actividad financiera, en tanto meramente instrumental, no fue sujeta al pago del mencionado tributo. A juicio de la libelista, las actividades desarrolladas por las sociedades fiduciarias gozan del carácter instrumental que cobija a la generalidad de la actividad financiera y, por lo tanto, su exclusión del beneficio fiscal consagrado en las normas acusadas constituye una inequidad que vulnera el principio de neutralidad tributaria. Agrega que, con lo anterior, "lo único que se logra es lesionar la economía nacional y el libre mercado, en cuanto significa, desde el punto de vista de las operaciones activas, el encarecimiento de las fuentes de financiación de los programas empresariales; y desde el punto de vista de las operaciones pasivas constituye un injustificado castigo al ahorro. Ello es así porque quien en últimas sufraga el impuesto a las ventas es el usuario del servicio gravado y no su prestador, quien necesariamente debe incluirlo dentro del valor final del servicio prestado".

Por otra parte, la actora manifiesta que, aún cuando el materia tributaria el juicio de igualdad que debe realizar el juez constitucional es más "flexible", ello no autoriza al legislador a establecer discriminaciones carentes de fundamento objetivo y razonable consistentes en gravar u otorgar beneficios a una determinada actividad económica sin incluir a todos los entes o personas que la desarrollan.

Para concluir, afirma que "la exclusión de las entidades fiduciarias (...) del beneficio fiscal de la exclusión o exención al impuesto de venta que hacen las normas demandadas, resulta inconstitucional por violación del principio de igualdad en materia tributaria, por cuanto dicha omisión no encuentra, como lo ha estatuido la Corte Constitucional, la razonabilidad o proporcionalidad equivalente alguna".

IV. INTERVENCIONES

Intervención de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-

A juicio del apoderado de la DIAN, los numerales acusados del artículo 476 del Estatuto Tributario no generan ningún tipo de situación inequitativa entre las sociedades fiduciarias y otro tipo de entidades financieras.

El interviniente manifiesta que los ingresos percibidos por las fiduciarias se generan por la administración de fondos comunes, la administración de otros patrimonios autónomos y el manejo de encargos fiduciarios. Indica que los primeros se encuentran exentos del pago del IVA, toda vez que provienen de la realización de una actividad que "es similar a la actividad de captación del ahorro por parte de los bancos, las corporaciones de ahorro y vivienda, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial, obteniendo en unos casos una comisión y en los otros un margen de intermediación" Señala que tanto los márgenes de intermediación percibidos por las entidades financieras que captan ahorro del público, como las comisiones cobradas por las sociedades fiduciarias por la administración de fondos comunes, en razón a la similitud de ambos tipos de actividades, se encuentran exentos del pago del IVA y, por ende, existe un tratamiento tributario equitativo.

En relación con las comisiones percibidas por las fiduciarias por la prestación de servicios distintos a la administración de fondos comunes, el representante judicial de la DIAN considera que es natural que no se encuentren exentas del pago del IVA, como quiera que esas actividades no son asimilables a la captación de ahorro del público. A su juicio, éstas constituyen "actividades mercantiles diferentes al manejo masivo del ahorro público y, por lo tanto, deben

competir en igualdad de condiciones con las personas, naturales o jurídicas, que presten esos servicios. Esas actividades pueden ser la administración de proyectos de construcción, administración hotelera, administración de pagos de entidades públicas o privadas, venta de bienes, administración de herencias y prácticamente cualquier actividad real de la economía".

Por último, el interviniente agregó que "lo que hizo la Ley 223 de 1995 al reformar el artículo 476 del Estatuto Tributario, fue reconocer que existía una situación de desigualdad, pero a favor de las sociedades fiduciarias, ya que todas las comisiones percibidas por éstas se encontraban exceptuadas sin discriminar entre las generadas por la administración de fondos comunes y las generadas por la administración de otros patrimonios autónomos y encargos fiduciarios, lo cual las ponía en una situación de ventaja inequitativa frente al tratamiento dado en la legislación para los servicios no financieros prestados por cualquier persona, los cuales sí están gravados con el IVA".

Intervención de la Asociación de Fiduciarias

En opinión de la representante legal de la Asociación de Fiduciarias, "las normas acusadas están viciadas de inconstitucionalidad por transgredir el principio de igualdad tributaria, principio que constituye la razón central del debate". Señala que los numerales 3° y 11 del artículo 476 del Estatuto Tributario, "al exceptuar de la exención del impuesto sobre las ventas, los ingresos provenientes de servicios financieros (comisiones) prestados por las entidades fiduciarias, los cuales participan de idéntica naturaleza que aquellos frente a los cuales se mantuvo la exención consagrada por la norma anterior (...), no sólo rompió la igualdad de condiciones que rige el libre y lícito desarrollo de las actividades económicas, sino que gravó injustificadamente la actividad con lesión directa de los usuarios del mercado de bienes y servicios financieros". A su juicio, lo anterior implica una vulneración del derecho de propiedad de las sociedades fiduciarias, "el cual fue adquirido o derivado del libre ejercicio de una actividad económica lícita" (C.P., artículo 333).

Según la interviniente, no existe justificación constitucional alguna que autorice el trato discriminatorio consagrado en las normas acusadas, razón por la cual es menester declarar su inexequibilidad. Ciertamente, ninguna norma del Estatuto Superior determinaba la necesidad de modificar el texto originario de los numerales 3° y 11 del Estatuto Tributario (el cual eximía del pago del IVA a todas las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias) por parte del artículo 13 de la Ley 223 de 1995, en tanto la naturaleza jurídica de las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias no ha variado y continúa siendo idéntica a la de los demás servicios financieros frente a los cuales sí se mantuvo la exención al pago del IVA.

V. PRUEBAS

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En su respuesta a los interrogantes formulados por el magistrado sustanciador, el Ministro de Hacienda y Crédito Público manifiesta que el hecho de que las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias por concepto de administración de fondos comunes se encuentren exceptuadas del pago del IVA, mientras que las comisiones cobradas por esas mismas sociedades por la prestación de otros servicios sí están sujetas al pago de ese tributo, se explica, básicamente, a partir de la intención del Legislador de dar una mayor efectividad a los principios de equidad y neutralidad tributarias.

A este respecto, el alto funcionario indica que las sociedades fiduciarias obtienen sus ingresos de dos fuentes: (1) de la administración de fondos comunes; y, (2) de la administración de otros patrimonios autónomos y el manejo de encargos fiduciarios. Señala que la administra-

ción de fondos comunes por parte de las sociedades fiduciarias es una actividad asimilable a la que llevan a cabo otras entidades financieras que manejan ahorro público. La utilidad percibida por uno y otro tipo de sociedades por la realización de las operaciones mencionadas se denomina comisión en el caso de las fiduciarias y margen de intermediación en tratándose de otras actividades financieras. Afirma que "siendo nociones equivalentes (...) deben recibir en aras a respetar el principio de neutralidad el mismo tratamiento tributario". Por esta razón, ambos conceptos fueron excluidos del pago del IVA.

De otra parte, el Ministro de Hacienda manifiesta que las comisiones provenientes de las administración de otros patrimonios autónomos y del manejo de encargos fiduciarios se encuentran gravadas con el IVA, toda vez que estas actividades tienen carácter mercantil y no constituyen manejo masivo de ahorro público, razón por la cual, en estos casos, "la sociedad fiduciaria compite con cualquier persona natural o jurídica que preste los mismos servicios".

Para terminar, el funcionario anotó que "el numeral 3° del artículo 476 del Estatuto Tributario establecía con anterioridad a la expedición de la Ley 223 de 1995, una exclusión del IVA para todas las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias, sin discriminar las obtenidas por la administración de fondos comunes, de las obtenidas por el manejo de otros patrimonios o encargos fiduciarios. Este tratamiento era abiertamente inequitativo, a favor de las sociedades fiduciarias, frente al tratamiento dado en la legislación para los servicios no financieros prestados por cualquier persona, que ya se encontraban gravados con el IVA".

Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia

El vicepresidente de la Asobancaria, luego de establecer, mediante cuadros comparativos, las actividades financieras sujetas al pago del IVA y los servicios financieros respecto de los cuales existe competencia entre las entidades financieras, las sociedades comisionistas de bolsa y las sociedades fiduciarias, concluye que "frente a las entidades financieras (...) no existen condiciones de inequidad. Lo anterior, en la medida en que si se aceptara que productos tales como la cuenta corriente remunerada, las cuentas de ahorro tradicional y las cuentas de ahorro en UPAC, podrían constituir competencia frente al fondo común ordinario administrado por las sociedades fiduciarias, ello estaría resuelto dado que estas actividades se encuentran exentas del IVA por igual. Así mismo, en el aspecto relacionado con los servicios de banca de inversión no se presenta inequidad en la medida en que dichas actividades se encuentran gravadas para ambos tipos de entidades. No obstante lo anterior, (...), consideramos que el hecho de que las comisiones de las sociedades fiduciarias se encuentren gravadas mientras que las de las comisionistas de bolsa no lo están, genera distorsiones en la competencia toda vez que ambos tipos de entidades ofrecen algunos servicios y productos pertenecientes al mismo mercado".

Asociación Nacional de Instituciones Financieras

El presidente de la ANIF manifiesta que "a partir de la Ley 45 de 1990 la actividad fiduciaria comenzó a realizarse por entidades especializadas sin que ningún intermediario pudiera competir en sus operaciones salvo en las que tienen que ver con la operación de representar a los tenedores de bonos y los servicios de asesoría financiera. La representación de tenedores de bonos es desarrollada actualmente por las sociedades fiduciarias, por las corporaciones financieras y por las sociedades comisionistas de bolsa". Agrega que existen similitudes entre algunas de las actividades desarrolladas por las sociedades fiduciarias y las comisionistas de bolsa, particularmente en lo que se refiere a la administración de fondos de valores y de portafolios de valores de terceros, llevada a cabo por estas últimas.

Por otra parte, señala que el régimen de exenciones al pago del IVA consagrado en el Estatuto Tributario, "no obedece (...) a una política impositiva coherente", lo cual se refleja en que "algunas actividades o bienes resultan gravados frente a similares que se encuentran exceptuados del impuesto". El presidente de la ANIF puntualiza que "si una sociedad fiduciaria administra o constituye fideicomiso de inversión, tal servicio o actividad se encuentra gravada, mientras que si una sociedad comisionista de bolsa realiza una actividad similar, pues recibe un encargo para administrar unos valores, portafolios de valores o pueden constituir y administrar fondos de valores, las comisiones percibidas por la misma se encuentran totalmente exentas".

Asociación de Fiduciarias

La directora ejecutiva de la Asociación de Fiduciarias, con base en sendos cuadros comparativos, señala que "las comisionistas de bolsa por su gestión de intermediación no tienen gravada su comisión en tanto las fiduciarias sí tienen gravada su comisión salvo en la administración de fondos comunes ordinarios".

Indica que en los casos de la administración de portafolios individuales, de las gestiones de asesoría financiera y en la estructuración de emisiones de bonos, las sociedades fiduciarias se encuentran en desventaja frente a las sociedades comisionistas de bolsa, como quiera que las comisiones que cobran las primeras se encuentran sujetas al pago del IVA mientras que las de las segundas no lo están. A su juicio, lo anterior "genera un claro desequilibrio en materia de competencia dadas las repercusiones de este gravamen frente al resultado final para el cliente".

Instituto Colombiano de Derecho Tributario

En su concepto, el ICDT manifiesta que, en principio, las limitaciones tributarias a las exenciones al pago del IVA, "no son potencialmente discriminatorias y, por tanto, no violan el derecho a la igualdad". Ciertamente, el Legislador, con fundamento en el poder tributario que le concede el artículo 338 de la Carta Política, se encuentra autorizado para imponer tributos y para establecer regulaciones diferenciadas respecto de los mismos. En razón de la libertad de configuración con que cuenta el Legislador en materia tributaria, el juicio constitucional de igualdad que se efectúe sobre las normas legales de carácter impositivo no puede ser muy estricto. Agrega que el derecho a la igualdad se predica de personas naturales o jurídicas y no de actividades o transacciones económicas. En opinión del ICDT, si lo anterior no fuera cierto, "cada vez que el legislador estableciera en los impuestos categorías o regulaciones diferenciadas, (...) siempre se violaría el derecho constitucional de igualdad".

De otro lado, el ICDT señala que "la discriminación potencial [derivada de los numerales 3° y 11 del artículo 476 del Estatuto Tributario] sólo se daría hipotéticamente, en el evento en que dos sujetos o actividades del sector financiero (entre ellos una sociedad fiduciaria), pudieran legalmente desarrollar la misma actividad (...), lo cual de acuerdo con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no parece posible".

Por último, indica que "la carga tributaria [incluido el IVA] de las sociedades fiduciarias no es diferente de la carga impuesta a las demás entidades del sector financiero, y las prerrogativas y derechos que le asisten a las sociedades fiduciarias son las mismas de las demás entidades del sector".

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En primer lugar, el Procurador General de la Nación señala que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 150-19-d) y 189-24 de la Carta Política, el Estado se encuentra autorizado para

intervenir en las actividades financiera, bursátil y aseguradora y en cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. A su juicio, la intervención estatal en los sectores económicos señalados persigue su desarrollo en condiciones de transparencia, seguridad, equidad y competitividad, con la finalidad de lograr índices crecientes de ahorro e inversión privados.

Por otra parte, el concepto fiscal manifiesta que el Legislador tiene la potestad de crear y eliminar impuestos, así como de eximir del pago de los mismos a algunos sujetos pasivos por razones de política fiscal, todo dentro del respeto a los principios de equidad, eficiencia y progresividad que deben caracterizar al sistema tributario nacional (C.P., arts. 150-12 y 363). En punto a las exenciones de impuestos, indica que éstas encuentran fundamento en la necesidad de preservar el equilibrio y la estabilidad de la economía y pueden ser decretadas cuando surja la necesidad de "atemperar las variables que distorsionan el equilibrio de precios y el nivel de ahorro del sistema económico". Opina que "las exenciones son medidas fiscales que constituyen una excepción al principio superior de la igualdad de tratamiento impositivo, que buscan un beneficio u objetivo general de desarrollo económico".

Con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el representante del Ministerio Público señala que las normas de intervención económica en materia tributaria, en tanto manifestación de la soberanía fiscal y de la libertad de configuración política del Legislador en materia económica, se encuentran sometidas a un control constitucional más flexible al que ordinariamente se aplica a otro tipo de normas legales.

A partir de esta premisa analítica, y fundándose en las respuestas de las entidades a las cuales el magistrado sustanciador solicitó que absolvieran algunos interrogantes (v. supra el acápite V de esta providencia), la vista fiscal consideró que el análisis del trato diferenciado consagrado en las disposiciones acusadas debía contraerse, únicamente, a las actividades desarrolladas por las sociedades fiduciarias y por las sociedades comisionistas de bolsa, como quiera que sólo estas últimas llevaban a cabo negocios similares a los efectuados por las primeras.

En su opinión, el tratamiento tributario distinto otorgado a las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias y por las comisionistas de bolsa encuentra una justificación objetiva y razonable, como quiera que mientras las primeras se mueven dentro del mercado financiero las segundas lo hacen dentro del mercado bursátil. Estima que "se trata de dos supuestos fácticos completamente diferentes que desarrollan actividades diversas, pues el Estado, con fundamento en su capacidad interventora, les asignó tareas especializadas, correspondiéndole a las sociedades comisionistas de bolsa intermediar en el mercado público de valores, en la compra y venta de valores a través del contrato de comisión, mientras que las fiduciarias deben gestionar profesionalmente negocios de terceros, mediante contratos de fiducia mercantil, encargo fiduciario y fiducia pública".

Según el Procurador, la exención del pago del IVA a las comisiones percibidas por las sociedades comisionistas de bolsa, "persigue promover el mercado de capitales y estimular el aumento del nivel de ahorros, de tal forma que el sector productivo del país se expanda a través de la compraventa de acciones en el mercado bursátil". Por su parte, el gravamen que pesa sobre las comisiones cobradas por las sociedades fiduciarias, salvo aquellas que provengan de la administración de fondos comunes, se explica por dos motivos. En primer lugar, la administración de fondos comunes es el único servicio prestado por las fiduciarias que constituye manejo masivo de ahorro público, el cual, en cualquiera de sus manifestaciones (cuenta corriente remunerada, cuenta de ahorro tradicional, cuenta de ahorro en UPAC, etc.), se encuentra

eximido del pago del IVA. De otro lado, el trato desigual persigue "eliminar las condiciones de inequidad tributaria, existentes frente a otros agentes económicos, toda vez que estos negocios fiduciarios pueden versar sobre actividades de construcción, administración de complejos hoteleros, herencias, etc., que también son prestadas por otras personas naturales o jurídicas, quienes deben liquidar el IVA al momento de ofrecer dichos servicios".

Por último, el concepto fiscal afirma que "el tratamiento diferencial es proporcional con los objetivos que persiguen las normas impugnadas, como quiera que al excluir del IVA únicamente las comisiones provenientes de las administración de los fondos comunes que perciben las entidades fiduciarias, se protege el ahorro, se estimula el mercado de capitales y se realiza el principio constitucional de la equidad vertical en materia tributaria".

VII. FUNDAMENTOS

Competencia

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

El problema planteado

2. Los numerales 3° y 11 del Estatuto Tributario, determinan los ingresos de las instituciones financieras y del mercado de valores que se excluyen del pago del impuesto sobre las ventas. Respecto de las sociedades fiduciarias, la excepción sólo se extiende a las comisiones que reciben por concepto de la administración de fondos comunes. Dado que la excepción en este caso es parcial, la actora advierte una discriminación contra este tipo de entidades. En efecto, el mismo género de actividades que llevan a cabo las fiduciarias y que para éstas se grava con el mencionado impuesto, resulta para otras entidades del mismo sector libre de gravamen, lo que violaría tanto el principio de igualdad como la misma libertad económica.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público se opone a la tesis de la demandante. A su juicio, la norma se informa en un criterio de equidad. Los ingresos que se derivan de una actividad de intermediación financiera, no se gravan, así se realicen por un establecimiento de crédito o por una sociedad fiduciaria. Ello explica, advierte el Ministro, que las comisiones percibidas por el manejo de los fondos comunes queden por fuera del tributo. Sin embargo, las restantes funciones que cumplen las sociedades fiduciarias se encuadran en la actividad de los servicios, que paralelamente pueden desempeñarse por otras personas naturales o jurídicas, las cuales están sujetas al pago del impuesto.

Este punto de vista, a su vez, es compartido por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario. La limitación legal a la exclusión del IVA, se refiere a actividades o transacciones económicas y, por consiguiente, no afecta ni a las personas ni a sus derechos fundamentales. El poder tributario, radicado en cabeza del Estado -puntualiza el instituto-, puede válidamente introducir "regulaciones diferenciadas" en cuya virtud se incluyen o excluyen de la base del impuesto ciertas actividades o hechos económicos. De otro lado, la discriminación alegada no puede darse pues el objeto de cada institución financiera no es coincidente. Concluye el concepto de este organismo señalando que la limitación legal afecta directamente a los usuarios de los servicios prestados por las fiduciarias, en razón del carácter de impuesto al consumo que reviste el gravamen. Por lo que concierne a la carga tributaria directa de las fiduciarias, ella no difiere de la que se impone a las demás entidades del sector.

Por su parte, la Asociación de Instituciones Financieras ANIF, pone de presente algunas actividades -representación de tenedores de bonos y administración de carteras de valores- que

son desarrolladas tanto por las sociedades fiduciarias como por las sociedades comisionistas de bolsa, con la diferencia de que en el decreto acusado éstas últimas gozan del beneficio de la exclusión de la base del tributo. Estima la asociación que la elaboración casuística del régimen impositivo y de sus excepciones, ha dado como resultado una política legislativa a menudo incoherente e inequitativa.

En el mismo sentido de ANIF, se pronuncia la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia. Señala en su escrito: "(...) consideramos que el hecho de que las comisiones de las sociedades fiduciarias se encuentren gravadas mientras que las de los comisionistas de bolsa no lo están, genera distorsiones en la competencia toda vez que ambos tipos de entidades ofrecen algunos servicios y productos pertenecientes al mismo mercado. Desde este punto de vista, es nuestro concepto que la limitación de las exenciones para las sociedades fiduciarias genera condiciones desiguales de competencia frente a los comisionistas de bolsa".

La Asociación de Fiduciarias denuncia la afectación de la libre competencia causada por la desigual exención del IVA, puesto que esquemas financieros similares son objeto de tratamiento distinto sólo en razón del sujeto económico que los ejecuta. La desventaja a la que se alude gira básicamente en torno al tratamiento distinto de operaciones semejantes que cumplen fiduciarias y comisionistas.

3. Con el objeto de establecer la plausibilidad del cargo, resulta indispensable determinar si las operaciones llevadas a cabo por las sociedades comisionistas de Bolsa, son semejantes a las que realizan las sociedades fiduciarias. La indagación se emprende por la Corte, con independencia del mayor o menor rigor del escrutinio constitucional que corresponda a la materia, puesto que se circunscribe a los datos de orden legal -diferentes de los fácticos- que no pueden ser ajenos al juez constitucional y, además, porque es necesario verificar el aserto de la actora que postula que un mismo hecho imponible es objeto de un tratamiento tributario diverso.

Sociedades fiduciarias y sociedades comisionistas de bolsa

4. Para determinar con certeza cuáles son los servicios y operaciones que pueden llevar a cabo tanto las sociedades fiduciarias como las sociedades comisionistas de bolsa, es necesario recurrir, por una parte, a las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) - en adelante, EOSF - y, por otro lado, a las Resolución No. 400 de 1995, expedida por la Sala General de la Superintendencia de Valores -en adelante, R. 400/95-.

4.1. La primera identidad existente entre las fiduciarias y las comisionistas de bolsa se presenta en relación con los fondos comunes especiales administrados por las primeras y los fondos de valores bajo la administración de las segundas. En efecto, el artículo 2.2.5.1 de la Resolución 400 de 1995, expedida por la Sala General de la Superintendencia de Valores (en adelante, R. 400/95), define a los fondos de valores como "una cartera constituida y administrada por una sociedad comisionista de bolsa, de la cual cada suscriptor es propietario de partes alícuotas y cuyo objeto es estimular y desarrollar el mercado de valores". De igual forma, el mismo artículo determina que las sociedades comisionistas de bolsa podrán administrar uno o varios fondos, siempre con la debida autorización de la Superintendencia de Valores. El patrimonio de estos fondos, compuesto por valores que puedan ser negociados por las sociedades comisionistas de bolsa (bonos, acciones, papeles comerciales, bonos de prenda, certificados de depósitos de mercancías, valores emitidos en desarrollo de procesos de titularización, etc.) y por los demás que autorice la Superintendencia de Valores (R. 400/95, art.

2.2.5.12), no constituyen prenda general de los acreedores de la sociedad comisionista que lo administra y, por ende, se hallan excluidos de la masa de bienes de ésta (R. 400/95, art. 2.2.5.1, *in fine*). La administración de un fondo de valores por parte de una sociedad comisionista de bolsa consiste, básicamente, en invertir los valores que conformen el portafolio del fondo de manera que los suscriptores del mismo reciban los mayores beneficios, de acuerdo con la política de inversiones que haya sido señalada en el respectivo reglamento (R. 400/95, art. 2.2.5.24-1).

El funcionamiento de cada fondo de valores (número de derechos a colocar, valor inicial de cada derecho, forma y periodicidad de la liquidación, cuota de administración, requisitos para ingreso y retiro, etc.) que administre una sociedad comisionista de bolsa se encuentra regulado por un reglamento, elaborado por la junta directiva de la respectiva sociedad y autorizado por la Superintendencia de Valores, que forma parte del contrato que se celebre con cada suscriptor de los derechos que constituyen el fondo (R. 400/95, arts. 2.2.5.22 y 2.2.5.23). Así mismo, los suscriptores de los derechos del fondo constituyen una asamblea de suscriptores cuyas funciones consisten en designar auditor externo y representantes en las asambleas de accionistas, determinar el cambio de sociedad comisionista administradora, decretar la liquidación del fondo y aprobar las cuentas que rinda la sociedad administradora (R. 400/95, arts. 2.2.5.10 y 2.2.5.11). Las sociedades comisionistas de bolsas que administren fondos de valores tienen derecho a ser remuneradas por su gestión a través del pago de una comisión, cuya modalidad y forma de pago son determinadas en el reglamento del respectivo fondo (R. 400/95, arts. 2.2.5.20 y 2.2.5.21).

Por medio de encargos fiduciarios o de contratos de fiducia mercantil, las sociedades fiduciarias podrán llevar a cabo fideicomisos de inversión, entendidos éstos como aquellos negocios fiduciarios en los cuales "se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente y con lo previsto en el presente estatuto" (EOSF, art. 29-2). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1233 del Código de Comercio y el artículo 146-7 del EOSF, los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio autónomo separado de los activos de la sociedad fiduciaria y, por lo tanto, excluido de la prenda general de los acreedores de ésta. Las sociedades fiduciarias están autorizadas para conformar fondos comunes ordinarios y especiales con los recursos que reciban de varios constituyentes (EOSF, art. 29-2). Si bien el EOSF no determina cuál es la diferencia específica existente entre los fondos comunes ordinarios y especiales, la Superintendencia Bancaria, en la Circular Externa No. 7 de 1996, determinó que mientras la inversión de los recursos que conforman los primeros debe hacerse en los títulos y en los porcentajes establecidos en el artículo 157 del EOSF, la inversión de los dineros que conforman los segundos se efectúa conforme a un reglamento autorizado para el manejo de los mismos, "en el cual se consagra como finalidad principal la inversión o colocación a cualquier título de sumas de dinero, con arreglo a las instrucciones impartidas por los fideicomitentes". En ambos casos, la administración de los recursos por parte de la sociedad fiduciaria se hace en forma colectiva, pero mientras que en el caso de los fondos comunes ordinarios la inversión de los recursos se lleva a cabo según disposiciones de carácter legal, en el caso de los fondos comunes especiales dicha inversión se produce conforme a la voluntad de los constituyentes plasmada en un reglamento que regula el manejo del fondo. En cualquier caso, las sociedades fiduciarias que administren fondos comunes ordinarios o especiales tienen derecho a percibir la remuneración que expresamente se estipule en los respectivos contratos (Código de Comercio, art. 1237; EOSF, art. 151-1).

A diferencia de lo que ocurre con los fondos comunes ordinarios, el EOSF no establece cuáles son los recursos que deben conformar los fondos comunes especiales, razón por la cual se hace necesario acudir a las normas generales sobre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario. Sobre este particular, el artículo 1226 del Código de Comercio establece que la fiducia mercantil es un negocio jurídico "en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario". En la medida en que la disposición general indica que la fiducia tiene como objeto la administración o enajenación de "bienes" en sentido genérico, y ni en el Código de Comercio ni en el EOSF se encuentra prohibición expresa al respecto, es posible concluir que los fondos comunes especiales administrados por las sociedades fiduciarias pueden estar constituidos por los valores a que hacen referencia tanto el Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores como la R. 400/95.

Conforme a lo anterior, es razonable concluir que el marco regulatorio de los fondos comunes especiales administrados por las sociedades fiduciarias permitiría que éstos operasen de forma similar a los fondos de valores administrados por sociedades comisionistas de bolsa regulados en la R. 400/95. En efecto, si los bienes dados en administración a una sociedad fiduciaria son valores cuya circulación y enajenación se hace a través del mercado bursátil, los constituyentes de la fiducia o el encargo fiduciario instruyen a la sociedad que la inversión de esos valores debe hacerse en una forma específica y tal instrucción se plasma en el reglamento de manejo del fondo común especial que con tales valores se conforma, lo que materialmente se ha constituido es un fondo de valores, sólo que éste opera bajo la administración de una sociedad fiduciaria y no de una sociedad comisionista de bolsa.

En cuanto al régimen impositivo aplicable a estos fondos, se tiene que las comisiones cobradas por las sociedades comisionistas de bolsa por la administración de fondos de valores se encuentran exentas del pago del IVA, según lo dispone el artículo 476-3 del Estatuto Tributario. Por su parte, el numeral 11 del artículo 476 del mismo Estatuto exime del pago del IVA a las comisiones que perciban las sociedades fiduciarias por concepto de administración de fondos comunes, tanto ordinarios como especiales, toda vez que la anotada norma no establece diferenciación alguna entre unos y otros. Lo anterior permite deducir que, en punto a la administración de los dos tipos de fondos mencionados (comunes y de valores), no existe inequidad alguna en cuanto al pago del IVA, en cuanto que las comisiones cobradas por ambas categorías de sociedades (fiduciarias y comisionistas de bolsa) se encuentran exentas de su pago.

4.2. Según las disposiciones del EOSF y de la R. 400/95, los servicios de asesoría financiera pueden ser prestados tanto por las sociedades fiduciarias como por las sociedades comisionistas de bolsa. En efecto, mientras el artículo 29-1-f) del EOSF establece que las sociedades fiduciarias "podrán prestar servicios de asesoría financiera", los artículos 2.2.9.1 y 2.2.9.2 de la R. 400/95 determinan que las sociedades comisionistas de bolsa podrán prestar servicios de asesoría en ingeniería financiera (consecución de recursos, diseño de valores, fuentes de financiación, sistemas de costos, reestructuración de deudas, etc.), en procesos empresariales de reorganización (conversiones, fusiones, escisiones, adquisiciones, cesión de activos, pasivos y contratos, etc.), procesos de privatización y programas de inversión, conceptos todos que pueden reconducirse al término genérico de "asesoría financiera" de que trata el artículo 29-1-f) del EOSF.

En este caso, la exención del pago del IVA sobre las comisiones por el servicio de asesoría financiera sólo se extiende al caso de las sociedades comisionistas de bolsa, como quiera que, según lo establece el artículo 476-11 del Estatuto Tributario, las únicas comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias que se encuentran exentas del pago del IVA son aquellas que provienen de la administración de fondos comunes, los cuales no tienen relación alguna con los servicios de asesoría financiera que prestan estas sociedades.

4.3. Los artículos 1226 del Código de Comercio y 29-1-a) y b) del EOSF disponen que las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil con el fin de administrar ciertos bienes de conformidad con la finalidad determinada por el fideicomitente. Por otra parte, el artículo 2.2.7.1 de la R. 400/95 establece que las sociedades comisionistas de bolsa "podrán ofrecer y prestar a sus clientes servicios de administración de valores". En el caso de que aquellos bienes que constituyan una fiducia mercantil o un encargo fiduciario sean valores susceptibles de ser comercializados a través del mercado bursátil y el fideicomiso se constituya con el fin de que la fiduciaria administre esos valores, esta entidad estaría operando, desde el punto de vista material, tal como lo haría una sociedad comisionista de bolsa cuando presta el servicio a que se refiere el artículo 2.2.7.1 de la R. 400/95.

Sin embargo, mientras que la comisión que percibe la comisionista no se encuentra gravada con el IVA, la que cobraría una fiduciaria sí lo está, en la medida en que el fideicomiso de administración no se encuentra dentro de las exenciones al pago del IVA de que trata el artículo 476-11 del Estatuto Tributario.

4.4. Por otra parte, el artículo 1.3.1.2 de la R. 400/95 establece cuáles son las vías jurídicas para llevar a cabo procesos de titularización de activos. En efecto, esta operación puede estructurarse con base en contratos de fiducia mercantil utilizando o no fondos comunes especiales, en fondos de valores y en fondos comunes ordinarios. Lo anterior, enfrentado a las exenciones al pago del IVA contenidas en los numerales 3° y 11 del artículo 476 del Estatuto Tributario, permite deducir que si un proceso de titularización se estructura sobre un fondo común administrado por una sociedad fiduciaria o en un fondo de valores al cargo de una comisionista de bolsa, la comisión que cobren estas dos entidades estará exenta del pago del IVA. Sin embargo, si el proceso de titularización se estructura con base en un contrato de fiducia mercantil irrevocable sin utilizar el mecanismo del fondo común ordinario o especial (R. 400/95,arts. 1.3.1.2 y 1.3.2.1), la comisión que perciba la sociedad fiduciaria sí estará gravada con el IVA.

4.5. En resumen, existen tres operaciones o servicios que llevan a cabo tanto las sociedades fiduciarias como las sociedades comisionistas de bolsa, en las cuales las comisiones que perciben las primeras deben pagar IVA, mientras que las que cobran las comisionistas no deben hacerlo. Estas operaciones son: (1) los servicios de asesoría financiera; (2) los servicios de administración de valores; y, (3) la fiducia mercantil -sin utilización de fondos comunes- para estructurar procesos de titularización de activos.

Se deduce de lo anterior que si bien la función típica de las dos instituciones no es coincidente, por lo menos tres operaciones cumplidas por ellas son similares. En efecto, la asesoría financiera, la administración de valores y los procesos de titularización de activos se desarrollan por igual por las dos entidades. En los tres casos, el ingreso se traduce en comisiones. La diferencia simplemente radica en que éstas últimas sólo se gravan si se perciben por las sociedades fiduciarias.

Tanto las fiduciarias como las comisionistas de Bolsa, en lo relativo a los tres servicios indicados, operan en un mismo mercado. Los tres servicios se articulan a través de contratos

que ostentan una estructura idéntica. Los clientes plantean exigencias y necesidades comunes y ellas se satisfacen a través de productos financieros que entre sí no exhiben diferencias que alcancen a modificar la naturaleza homogénea de los servicios que se prestan.

El problema que esta Corte debe resolver, por consiguiente, se relaciona con los efectos que una medida tributaria puede producir en un mercado determinado. Se pregunta la Corte si la ley tributaria puede excluir del pago del IVA la percepción de comisiones por concepto de determinados servicios que presta una institución del mercado de valores, cuando niega dicho beneficio a otro tipo de institución financiera que ofrece los mismos servicios, vale decir, que para los efectos anteriores participa en el mismo mercado y compite con los mismos productos.

La intensidad del juicio de constitucionalidad

5. La Corte ha señalado[1] que en materias económicas, el juicio de igualdad, por lo general, es débil, a fin de permitirle al legislador un espacio suficiente de configuración normativa. En este campo suele acudirse al criterio de inconstitucionalidad manifiesta: "Sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma". De adelantarse un juicio débil de igualdad, habrán de reputarse legítimas todas las clasificaciones o distinciones que sean adecuadas para alcanzar una finalidad que no se encuentre prohibida por la Constitución, lo que contrasta con el test estricto que condiciona la exequibilidad de una norma legal a la necesidad de la diferencia de trato que consagre y a la perentoriedad del objetivo buscado.

En punto a las leyes fiscales, así se reconozca su incidencia en los derechos y garantías constitucionales, no puede dejar de advertirse que el juicio de proporcionalidad se torna en extremo difícil. El propósito de captar fondos para el erario, en primer término, corresponde a una finalidad legítima. En segundo término, la regla general de unidad de caja, impide que se verifique una cabal confrontación de la medida de recaudo con su finalidad concreta. De otro lado, la consideración sobre la estricta necesidad del tributo y su ponderación en términos de costo y de beneficio, son asuntos donde el elemento político y de pura conveniencia y oportunidad adquieren una relevancia preponderante.

La intensidad del control de constitucionalidad al cual se sujeta el poder tributario, no quiere decir que éste carezca de límites y que, en ocasiones, aquél pueda revestir mayor severidad. Si a propósito de las leyes tributarias siempre se estudiasen sus distinciones y clasificaciones únicamente a la luz de una finalidad permitida, es evidente que solo excepcionalmente se podría decretar su inexequibilidad, pues la finalidad del recaudo se inscribe dentro de los designios legítimos que la Constitución expresamente reconoce. La Corte, como guardiana de la estricta sujeción del poder tributario a los mandatos constitucionales debe asegurarse que el sistema tributario, en su conjunto y en las leyes que lo integran, se informe en los principios de justicia y equidad, los cuales se concretan en las reglas y fórmulas de reparto de la carga tributaria y en la adecuada distribución del gasto público. Por consiguiente, la intensidad del control de constitucionalidad en esta materia no puede captarse siempre bajo una expresión única, ya que su mayor o menor severidad dependerá en últimas del grado de equidad de las disposiciones fiscales. En este orden de ideas, si del análisis preliminar de una ley tributaria surge un indicio de inequidad o arbitrariedad, derivado de un reparto desigual de la carga tributaria, el examen de constitucionalidad no podrá ser débil.

---

[1] Véase la SC-445/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

La exacción fiscal normalmente significa un detrimento patrimonial y una mengua de la libertad que, sin embargo, deben soportar las personas a título de deber constitucional y legal. Por esta razón, ya que esta suerte de restricciones o reducciones son connaturales a las leyes impositivas, salvo que las regulaciones sean en sí mismas manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, no cabe por esta circunstancia predicar su inconstitucionalidad.

La situación es diferente cuando la ley prima facie afecta un derecho o garantía constitucionales más allá de lo que pueda históricamente considerarse como efecto normal de la medida tributaria, hasta el punto de que sea posible afirmar que existe un indicio de inequidad o arbitrariedad. En este caso, se torna necesario ensayar un test intermedio que, si bien no comprende el estudio de la proporcionalidad estricta de la norma, si incluye el examen de las razones que la avalan, de modo que la misma será constitucional siempre que se identifique un motivo suficiente para haberla expedido y que permita desvirtuar el señalado indicio.

El principio de igualdad en la carga tributaria

6. La Corte considera que, en este caso, debe aplicar un test intermedio de constitucionalidad. Toda subvención, exoneración o beneficio fiscal, en cuanto abarca solo a un grupo de contribuyentes actuales o potenciales, en cierta medida afecta el principio de igualdad, el cual representa el más importante límite del poder tributario estatal. Sin embargo, la afectación de la igualdad traspasa el umbral de la normalidad cuando dicha subvención, exoneración o beneficio se niega a un contribuyente que se encuentra en la misma situación formal que la de los destinatarios de la norma favorable. Aquí puede aludirse a un indicio de trato discriminatorio. En verdad, la exclusión del pago del IVA para las sociedades comisionistas de Bolsa, en principio, no se compadece con la imposición de dicho gravamen a las sociedades fiduciarias que celebran el mismo giro de negocios. No se apela al test fuerte, puesto que la irrazonabilidad o desproporcionalidad del trato no es manifiesta, sino que figura a nivel de mero indicio. De hecho, se trata de dos entidades distintas que mantienen una semejanza operacional parcial y, por otra parte, de entrada no puede descartarse que el régimen distinto pueda sustentarse en una explicación plausible.

Al lado del principio de legalidad del tributo, de profunda raigambre democrática, el principio de igualdad constituye claro límite formal y material del poder tributario estatal y, por consiguiente, las reglas que en él se inspiran se orientan decididamente a poner coto a la arbitrariedad y a la desmesura. No se trata de establecer una igualdad aritmética. La tributación tiene que reparar en las diferencias de renta y riqueza existentes en la sociedad, de modo que el deber fiscal, expresión de la solidaridad social, tome en cuenta la capacidad contributiva de los sujetos y grupos y, conforme a ella, determine la carga fiscal, la que ha de asignar con criterios de progresividad, a fin de alcanzar grados cada vez mayores de redistribución del ingreso nacional.

La igualdad impone la necesidad de acatar como regla tributaria básica la generalidad del tributo. Si al margen de los contribuyentes se coloca a aquellas personas que carecen de capacidad contributiva, todos los demás ciudadanos, según su poder económico y en los términos de la ley, quedan sujetos al mismo deber de concurrir al levantamiento de las cargas públicas. El privilegio en la ley y en la aplicación de la ley, resulta definitivamente proscrito, pues el poder tributario se fundamenta en la justicia y en la equidad.

La generalidad del tributo, aparte del componente subjetivo que comporta -el universo de los obligados por el tributo ha de comprender sin excepciones a todas las personas que tengan capacidad contributiva-, tiene uno de naturaleza objetiva. Si el legislador grava con un impuesto

un hecho, acto o negocio, por ser precisamente indicativos de riqueza actual o potencial, no puede dejar de hacerlo ante situaciones semejantes o equiparables, salvo que militen razones poderosas de política fiscal o fines extrafiscales relevantes, siempre que, en este último caso, los mismos estén al servicio de bienes protegidos por la Constitución o de metas ordenadas por ella.

La Corte no excluye que algunas exenciones o beneficios fiscales tengan una justificación atendible y puedan por lo tanto adoptarse. Lo que se quiere significar es que sólo pueden introducirse como instrumentos dirigidos a configurar materialmente la carga tributaria de manera técnica, justa y equitativa. Por el contrario, cuando la exención o beneficio fiscal, no tiene razón de ser distinta de la mera acepción de personas, ella se presenta contraria a la generalidad del tributo y, frente a los obligados que se encuentran en la misma relación con el hecho imponible, como clara afrenta al principio de igualdad en la carga tributaria.

El deber cívico de contribuir con el erario, con arreglo a la capacidad económica y en los mismos términos fijados por la ley, se predica por igual de las personas que se encuentran en la misma situación contemplada por la norma. En este caso, el indicio de inequidad surge de limitar el alcance de una exención a un concepto que también cabe predicar de otro sujeto que, sin embargo, se excluye del beneficio fiscal. La Corte debe precisar si la exclusión del mencionado beneficio tiene una razón de ser que la haga admisible. De lo contrario, será patente la violación del principio de igualdad en la carga tributaria.

El objeto social distinto de las sociedades fiduciarias y de las sociedades comisionistas de bolsa, podría aducirse como argumento que apoya el trato diferenciado y reserva a las segundas el beneficio fiscal. Pese a que por virtud de la ley, las dos sociedades poseen un objeto propio que abarca un núcleo de operaciones diversas, la misma ha autorizado el desarrollo de un conjunto de actividades idénticas que igualmente se incorporan en su giro ordinario. El beneficio fiscal de la exclusión del IVA, aplicable únicamente a las comisionistas, no se extiende también a aquéllas funciones que desempeñan las fiduciarias de forma semejante. Dado que en relación con este singular conjunto de actividades -asesoría financiera, administración de valores y procesos de titularización de activos- el objeto social de las dos entidades lejos de ser distinto coincide, la tesis de la heterogeneidad de su cometido funcional debe desecharse.

La circunstancia de que los organismos de vigilancia del Estado sean distintos tampoco puede alegarse como razón válida de un tratamiento tributario disímil. En uno y otro caso (vigilancia radicada en la Superintendencia Bancaria o en la Superintendencia de Valores), es el Estado el que asume la inspección y el que, con igual celo, debe promover el cumplimiento de la ley. Para los efectos de desvirtuar la inequidad de una particular distribución de la carga tributaria, la competencia de uno o de otro organismo en punto a la vigilancia del contribuyente, corresponde a un elemento externo y enteramente fortuito, que no puede tener incidencia fiscal como que en modo alguno es un hecho indicativo de riqueza ni se integra al hecho imponible.

El estudio de las operaciones analizadas cuya realización genera comisiones para los dos operadores económicos que las desarrollan, no muestra diferencia jurídica, estructural ni funcional alguna. El hecho imponible, que en un caso se grava y que en el otro caso se excluye del impuesto, es material y formalmente semejante. Por fuera de los elementos subjetivos que soportarían el régimen diferenciado y que se han revelado insuficientes, los elementos objetivos idénticos no autorizan la distinción legal. Por lo demás, no se avizoran finalidades extrafiscales que expliquen razonablemente la diversidad de trato.

Los argumentos que expone el Ministro de Hacienda y Crédito Público, referidos a la neutralidad y transparencia de la tributación, se enderezan a demostrar que en relación con los

encargos fiduciarios, los particulares sujetos al impuesto cumplen actividades análogas a las de las sociedades fiduciarias, por lo cual la exclusión del impuesto para estas últimas constituiría un claro privilegio y produciría una interferencia negativa en el clima de los negocios. Sin embargo, el planteamiento que, con matizaciones, puede ser de recibo para negar una exclusión indiscriminada del IVA frente a todos los negocios que celebren las fiduciarias, no sirve para demostrar la equidad de la distribución desigual de la carga tributaria a propósito de las comisiones percibidas por causa de las tres operaciones referidas, las cuales por mandato legal sólo ejecutan sujetos cualificados y no el público en general. En todo caso, de acogerse la tesis, habría que excluir del beneficio fiscal las operaciones de los comisionistas que son equiparables a las de las fiduciarias.

El indicio de inequidad que se deduce de la desigual distribución de la carga tributaria, no ha sido desvirtuado y, por el contrario, ha quedado confirmado como quebranto del principio de igualdad en la carga tributaria. Dado que a la Corte no corresponde anular un beneficio de exclusión del IVA -el que se individualiza en cabeza de las sociedades comisionistas de bolsa-, que en sí mismo no es inconstitucional, pero que sí lo llega a ser cuando en él se articula una injustificada y desigual distribución de la carga tributaria, lo procedente será declarar que su exequibilidad se condiciona a que el mismo se extienda a las sociedades fiduciarias cuando ejecuten operaciones similares, vale decir, las ya mencionadas de asesoría financiera, administración de valores y procesos de titularización de activos.

Ley tributaria y mercado

7. El test intermedio también se justifica en la existencia de un indicio de arbitrariedad que se refleja, en este caso, en la afectación grave de la libre competencia. Las leyes tributarias suelen tener efectos variados en los precios relativos de los bienes y servicios que se ofrecen y demandan en los mercados. Empero, supera este efecto normal, la norma fiscal que, dentro de un determinado mercado, grava el ingreso de un operador y, simultáneamente, deja de gravar sin razón valida aparente el mismo tipo de ingreso de su competidor, generando una ventaja que reduce notoriamente las posibilidades de emular en cantidad, calidad y precio, hasta el punto de que la intervención unilateral del Estado pueda objetivamente calificarse como arbitraria, inaceptable o no soportable.

El mercado constituye un elemento central de la Constitución económica. Corresponde a la ley, sin perjuicio de la facultad de reservar ciertos servicios o actividades económicas en cabeza del Estado, promover la existencia de mercados organizados y competitivos. La promoción de mercados que reúnan estas características, resulta esencial para el despliegue de la libertad económica y para el cabal ejercicio de los derechos de los consumidores. Desde otro punto de vista, el mercado como institución social debe ser garantizado por el Estado, puesto que su anulación o la radical transformación de su función por parte de éste, arriesgaría con eliminar uno de los ejes del sistema económico diseñado por el Constituyente que, además, sirve de soporte a valiosos derechos constitucionales.

La intervención del Estado en la economía -la que puede cumplirse, entre otras, a través de medidas tributarias-, necesariamente afecta los distintos mercados, sin que por ello pueda juzgarse que se produce un efecto inconstitucional. Sin perjuicio del amplísimo espacio de configuración normativa del mundo económico que cabe reconocer a la ley, la garantía de la institución del mercado y de los derechos que en ella se proyectan -libre empresa, libertad de competencia, derechos del consumidor, propiedad, etc., se opone, sin embargo, a las distorsiones graves que arbitraria y unilateralmente introduzca el Estado y que carezcan de toda razonabilidad

en cuanto que no las anime la persecución de una política pública o la consecución de un objetivo público legítimo. En estos casos, la destrucción del mercado o la irrazonable anulación de sus mecanismos de funcionamiento por causa directa del Estado, contraría el deber de garantizar su existencia así solo sea en lo tocante a sus elementos mínimos, esto es, aquellos que contribuyen a otorgarle su propia fisonomía y a garantizar el cumplimiento de su función típica en un nivel que, pese a sus imperfecciones, por lo menos revista alguna utilidad práctica.

La destrucción de la competencia o su arbitraria y unilateral distorsión, pone término o debilita el sistema de libre empresa. Sin ella se tiende a perder eficiencia y responsabilidad en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios sociales. De otro lado, la justificación de la ganancia empresarial en buena parte reposa en su consecución en un mercado competitivo, en el que se dan cita distintos operadores que luchan entre sí en precio, cantidad y calidad, para satisfacer a los consumidores que, igualmente, perderían si esa sana emulación es detenida o interferida caprichosamente por factores ajenos a los partícipes.

Así como el Estado debe combatir el abuso de las posiciones dominantes que desvirtúan la esencia del mercado y la conformación de monopolios y asociaciones que, apelando a arreglos artificiales, interfieren en la genuina formación de los precios, también debe abstenerse de injerir en él de manera unilateral y arbitraria, lo que no significa que se abstenga de intervenir activamente en la dirección de la economía. Particularmente, el ejercicio de la potestad tributaria, que debe atender fines de interés general, no puede ser utilizado con el objeto deliberado de crear situaciones de ventaja privada en un mercado determinado. De una parte, la lucha entre los empresarios debe desenvolverse en la arena económica y llevarse a cabo buscando mejoras permanentes en la eficiencia. Su traslado al escenario político, en pos de la obtención de privilegios fiscales que se nieguen a sus respectivos competidores, le resta legitimidad tanto a la legislación tributaria como al sistema de empresa privada. Igualmente, convertir el poder tributario en factor de concesión selectivo de mayores o mejores márgenes de ganancia, para favorecer o perjudicar a ciertos empresarios, representa una mayúscula desviación del más grande poder de que dispone el Estado para perseguir la satisfacción de los intereses generales.

No cabe duda de que la imposición del gravamen a las comisiones que perciben las sociedades fiduciarias en razón de los tres servicios descritos en esta sentencia, cuando ello no ocurre con las comisiones que por idéntico concepto reciben las sociedades comisionistas de bolsa, tiene un efecto directo en el precio o costo de los mismos, ya sea que el importe del impuesto se traslade a los usuarios o que lo tenga que asumir la entidad prestadora. Si se dejan los factores iguales, el precio y la decisión del mercado será el que finalmente establezcan las sociedades comisionistas de bolsa, y ello será así no como reflejo del libre juego de la oferta y la demanda, sino como consecuencia directa de una decisión política que, en un grado notable, sustituirá los mecanismos del mercado y de la competencia.

No se descarta que las decisiones legislativas en el campo tributario tengan consecuencias económicas en los distintos mercados. En realidad, será difícil que no exista una relación entre una esfera y otra. Lo que resulta censurable es que una política tributaria -como la relativa al establecimiento del beneficio fiscal examinado-, que discrimina a un sector de la competencia en el mercado de ciertos productos financieros, sin fundamento fiscal alguno, se limite a ser práctica restrictiva de la libre competencia. El Estado establece impuestos porque necesita financiar el gasto público y, a su turno, exonera de su pago cada vez que lo considera necesario a fin de configurar de manera razonable el hecho imponible o porque decide perseguir un objetivo constitucionalmente admisible. El poder tributario no se ha entregado al Estado para

que, por fuera de una política fiscal razonable y sería, caprichosamente altere la posición de los participantes de un mercado, generando ventajas contingentes que explotan sus beneficiarios para imponerse sobre los competidores que pierden terreno solo por no contar con el beneplácito político de las mayorías que definen las normas fiscales.

Examinada con detenimiento la disposición legal acusada se observa que el efecto de distorsión que produce en el mercado de los tres productos financieros anotados, no se sustenta en ninguna política tributaria seria y razonable. Sea que el propósito hubiese sido el de originar una ventaja competitiva en favor de un operador específico en el mercado o simplemente que dejó de advertirse que en realidad quedaba por fuera del beneficio una situación análoga, la distorsión emana de una disposición legal, reviste innegable gravedad y no encuentra asidero racional o razonable alguno. El indicio de arbitrariedad en los dos casos no queda desvirtuado. En un plano objetivo, la disposición legal se proyecta en una grave e ilegítima distorsión del mercado y, por ende, viola la libre competencia.

Modulación de los efectos de la sentencia

8. En el presente caso, el texto acusado de los numerales 3° y 11 del artículo 476 del Estatuto Tributario no es *per se* inconstitucional y, por lo tanto, no sería razonable retirarlo del ordenamiento jurídico. La inconstitucionalidad que la Corte ha encontrado en el asunto *sub examine* reside, más bien, en la violación grave e ilegítima de la libre competencia por virtud de un trato diferenciado entre las sociedades fiduciarias y las sociedades comisionistas de bolsa, el cual se produce en razón de la no extensión de la exención del pago del IVA a las comisiones percibidas por las fiduciarias por la prestación de algunos servicios que también prestan las sociedades comisionistas de bolsa, cuyas comisiones sí se encuentran exceptuadas del pago del mencionado tributo en todos los casos. Por otra parte, esta Corporación tampoco podría declarar la exequibilidad simple de los anotados textos legales, toda vez que, con ello, la inconstitucionalidad detectada mantendría su vigencia en detrimento del carácter normativo de la Constitución Política (C.P., art. 4°).

Por esta razón, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte[2], se hace necesario proceder, en este caso, a formular una sentencia integradora mediante la cual se haga efectivo no sólo el valor normativo de la Carta sino, también, el principio de efectividad de los valores, principios y derechos constitucionales (C.P., art. 2°) y la función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución confiada a la Corte Constitucional (C.P., art. 241). Además de lo anterior, en este caso particular se trata de dar aplicación al principio de igualdad (C.P., art. 13) y a la libre competencia (C.P., art. 333) en tanto fundamento y condición de posibilidad de un sistema económico equitativo, eficiente y productivo.

Conforme a lo anterior, y con base en las regulaciones legales existentes (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y R. 400/95), la decisión en asunto *sub examine* consistirá en declarar la exequibilidad del numeral 3° del artículo 476 del Estatuto Tributario, en el cual se contiene la exención al pago del IVA de las comisiones que cobren las sociedades comisionistas de bolsa, toda vez que tal exención, como se vio, no contraviene la Carta Política. Por otra parte, la exequibilidad del numeral 11 del mismo artículo 476 será condicionado a que el aparte en que se establece que quedan exentas del pago del IVA "las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias por concepto de la administración de fondos comunes", se interprete en el sentido

---

[2] Sobre el fundamento constitucional de las sentencias integradoras, véase, *in extenso*, la SC-109/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero y la SC-690/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

de que esta exención también se hace extensiva a las comisiones que cobren esas sociedades por concepto de: (1) servicios de asesoría financiera; (2) servicios de administración de valores; y, (3) fiducia mercantil - sin utilización de fondos comunes - para estructurar procesos de titularización de activos, pero en los tres eventos solo en cuanto se trate de operaciones estrictamente semejantes a las que realicen las sociedades comisionistas de Bolsa y siempre que las respectivas comisiones se encuentren con carácter general exceptuadas del impuesto.

VIII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE el numeral 3° del artículo 476 del Estatuto Tributario, tal como quedó modificado por el artículo 13 de la Ley 223 de 1995.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el numeral 11 del artículo 476 del Estatuto Tributario, tal como quedó modificado por el artículo 13 de la Ley 223 de 1995, bajo el entendido de que la expresión "las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias por concepto de la administración de fondos comunes", se interprete, en los términos de esta sentencia, en el sentido de que la exención allí contemplada se hace extensiva a las comisiones que cobren las sociedades fiduciarias por concepto de: (1) servicios de asesoría financiera; (2) servicios de administración de valores; y, (3) fiducia mercantil -sin utilización de fondos comunes- para estructurar procesos de titularización de activos.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
-Con salvamento parcial de voto-

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada(E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA C-183
mayo 6 de 1998

SENTENCIA CONDICIONADA-Improcedencia en caso concreto para exención de impuestos

Lo que no se comparte en este caso es que, por sentencia judicial, se extienda, mucho más allá de los confines señalados por el Congreso, la cobertura de una exención tributaria, indicando no solamente el tipo de sociedades exentas, sino los servicios materia de aquélla, en una enunciación taxativa y precisa, propia de la función legislativa. Como varias veces lo he repetido, los fallos de constitucionalidad que modulan sus propios efectos son perfectamente admisibles en ejercicio de la tarea que corresponde a la Corte, y en esa virtud le es posible interpretar los alcances de las disposiciones legales que examina para fijar de manera obligatoria, conforme a la Constitución, los que se avienen a los postulados y mandatos fundamentales y los que, por desconocerlos, ignorarlos o violarlos, deben ser desechados. En ese orden de ideas, el condicionamiento de la sentencia implica celoso y diligente ejercicio de la función de control de constitucionalidad, con miras a que toda la normatividad se sujete sustancialmente al ordenamiento básico plasmado por el Constituyente. ¿Cómo puede, entonces, tener origen una exención, no creada por el Congreso ni propiciada por la iniciativa del Gobierno, en una extensión normativa de la cosecha de la Corte Constitucional, y no por la supresión de palabras o frases inconstitucionales usadas en el texto legal, sino por proposiciones nuevas, nacidas en la propia sentencia?

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CARGA TRIBUTARIA-Test fuerte

La Corte ha fundado su decisión en este caso en un test intermedio de constitucionalidad. Sea esta la oportunidad para expresar que no creo en esa artificial clasificación de la función confiada a la Corte Constitucional por la Constitución Política. La Corte no puede -por cuanto ello iría en detrimento de su altísima responsabilidad- escoger si examina una norma objeto de su control con mayor o menor rigor, ni con un rigor medio. A mi juicio, el llamado "test" de constitucionalidad debe ser siempre fuerte. Es decir, la Corte tiene que exigir en todos los casos el ajuste estricto de las normas que examina a los postulados y mandatos de la Constitución Política, sin entrar en consideraciones sobre conveniencia, oportunidad, impacto económico o de opinión, aceptación o no aceptación social de las determinaciones que adopta sobre la constitucionalidad de las disposiciones sometidas a su control. ¿Qué son los "test" intermedios o débiles de constitucionalidad, sino la expresa declaración de la Corte en el sentido de que, mediante ellos, no examinará las normas sujetas a control con la severidad que le corresponde? Si a ellos se atiende, habrá de concluirse en que existen disposiciones "un poco inconstitucionales" pero que pasan la prueba en el Tribunal Constitucional y que se declaran exequibles, a pesar

de ello, o exequibles con condicionamientos que implican la creación de nuevas reglas por fuera del trámite legislativo, todo para disminuir el impacto del fallo.

Referencia: Expediente D-1801.

El suscrito Magistrado, aunque comparte en lo esencial la decisión adoptada por la Corte, salva su voto en lo relativo al numeral segundo de la parte resolutiva del fallo, según la cual la expresión "Las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias por concepto de la administración de fondos comunes", del numeral 11 del artículo 76 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 13 de la Ley 223 de 1995, fue declarada exequible "siempre y cuando se interprete en el sentido de que la exención allí contemplada se hace extensiva a las comisiones que cobren las sociedades fiduciarias por concepto de: (1) servicios de asesoría financiera; (2) servicios de administración de valores; y (3) fiducia mercantil -sin utilización de fondos comunes- para estructurar procesos de titularización de activos".

No existe objeción acerca de la exequibilidad del aparte normativo en mención, con arreglo a reiterada doctrina de esta Corte, que reconoce al legislador plena competencia para establecer las exenciones tributarias mientras lo haga sin desconocer preceptos ni principios constitucionales, de manera razonable y proporcionada.

Lo que no se comparte en este caso es que, por sentencia judicial, se extienda, mucho más allá de los confines señalados por el Congreso, la cobertura de una exención tributaria, indicando no solamente el tipo de sociedades exentas sino los servicios materia de aquélla, en una enunciación taxativa y precisa, propia de la función legislativa.

Como varias veces lo he repetido, los fallos de constitucionalidad que modulan sus propios efectos son perfectamente admisibles en ejercicio de la tarea que corresponde a la Corte, y en esa virtud le es posible interpretar los alcances de las disposiciones legales que examina para fijar de manera obligatoria, conforme a la Constitución, los que se avienen a los postulados y mandatos fundamentales y los que, por desconocerlos, ignorarlos o violarlos, deben ser desechados.

En ese orden de ideas, el condicionamiento de la sentencia implica celoso y diligente ejercicio de la función de control de constitucionalidad, con miras a que toda la normatividad se sujete sustancialmente al ordenamiento básico plasmado por el Constituyente.

Pero no se puede confundir esa renovadora concepción del control de constitucionalidad, que salva la obra del legislador al ordenar que se la entienda y aplique únicamente de la manera como se halle ajustada a la Carta Política, con la directa y concreta creación, en la sentencia, de normas legales nuevas y distintas, bien a través de la efectiva modificación del texto normativo, ya mediante proposiciones que se constituyen en preceptos que el legislador no ha expedido ni pensado expedir y que el juez de constitucionalidad crea, sustituyéndolo.

Un buen ejemplo del exceso que ello implica se encuentra precisamente en este caso: la ley señala taxativamente unas categorías de servicios y actividades no sujetas al pago del impuesto sobre las ventas.

Si la Corte encuentra que, en algunos de los rubros consagrados por la ley, ésta violó el principio de igualdad, esos rubros son inconstitucionales y deben ser declarados inexequibles.

Si, por el contrario, deduce la Corte, en ejercicio de su función de control, que el postulado de la igualdad permanece incólume, habrá de declarar que, por ser así, si no hay otros motivos de contradicción con la Carta Política, la norma es exequible.

Lo que no puede hacer la Corte es considerar que el legislador ha debido incluir otros servicios, o a otras personas o entidades prestadoras de ellos, dentro de la lista de exenciones, y menos aún agregar ella los servicios o entes que piensa han debido quedar amparados.

La atribución correspondiente, en cuanto a la expedición del acto que crea, extiende o suprime una exención, es única y exclusivamente del legislador, y muy específicamente del Congreso, en cuanto ni siquiera la tiene el Presidente de la República por la vía de las facultades extraordinarias, como lo ha recalcado esta Corte, en los términos del artículo 150, numeral 10, de la Constitución.

Por otro lado, para que pueda plasmarse una exención es indispensable que concurran las voluntades del Congreso y del Ejecutivo, toda vez que éste último, por conducto de los ministros, es el único autorizado para proponer la ley respectiva a las cámaras, según resulta del artículo 154, inciso 2, de la Carta Política: "No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes (...) que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales".

¿Cómo puede, entonces, tener origen una exención, no creada por el Congreso ni propiciada por la iniciativa del Gobierno, en una extensión normativa de la cosecha de la Corte Constitucional, y no por la supresión de palabras o frases inconstitucionales usadas en el texto legal sino por proposiciones nuevas, nacidas en la propia sentencia?

Ahora bien, la Corte ha fundado su decisión en este caso en un test intermedio de constitucionalidad.

Sea esta la oportunidad para expresar que no creo en esa artificial clasificación de la función confiada a la Corte Constitucional por la Constitución Política. La Corte no puede -por cuanto ello iría en detrimento de su altísima responsabilidad- escoger si examina una norma objeto de su control con mayor o menor rigor, ni con un rigor medio.

A mi juicio, el llamado "test" de constitucionalidad debe ser siempre fuerte. Es decir, la Corte tiene que exigir en todos los casos el ajuste estricto de las normas que examina a los postulados y mandatos de la Constitución Política, sin entrar en consideraciones sobre conveniencia, oportunidad, impacto económico o de opinión, aceptación o no aceptación social de las determinaciones que adopta sobre la constitucionalidad de las disposiciones sometidas a su control.

La Corte no está llamada a asumir las preocupaciones que puedan suscitar los alcances de sus fallos en el Gobierno, en el Congreso, entre los particulares, o en los demás organismos judiciales o de control. Su función estriba en definir, con fuerza de cosa juzgada, obligatoria y *erga omnes,* sin cálculo distinto del estrictamente constitucional, siempre con el mismo rigor, si una norma respeta o no la preceptiva de la Carta Política. Si su conclusión es la segunda, la norma debe ser declarada inexequible y los efectos del fallo deben ser inmediatos y plenos. De lo contrario, la Corte no guarda la integridad y supremacía de la Constitución.

¿Qué son los "test" intermedios o débiles de constitucionalidad sino la expresa declaración de la Corte en el sentido de que, mediante ellos, no examinará las normas sujetas a control con la severidad que le corresponde?

Si a ellos se atiende, habrá de concluirse en que existen disposiciones "un poco inconstitucionales" pero que pasan la prueba en el Tribunal Constitucional y que se declaran exequibles, a pesar de ello, o exequibles con condicionamientos que implican la creación de nuevas reglas por fuera del trámite legislativo, todo para disminuir el impacto del fallo.

Así, pues, por el criterio utilizado en esta ocasión -"test intermedio" de constitucionalidad-, también me aparto de las consideraciones de la Sentencia. Ellas pueden ser muy razonables y apropiadas, y pueden corresponder a enfoques técnicos acertados, así como a loables y sanas intenciones -nada de lo cual discuto-, pero se verían muy bien en un proyecto de ley, en un documento de apoyo a la tarea gubernamental de planeación, en un escrito académico, o en un concepto especializado, pero no en una sentencia de constitucionalidad, que tiene objeto propio, específico y delimitado.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA C-184
mayo 6 de 1998

COLONIAS AGRICOLAS-Constitucionalidad

No existe razón que haga pensar que las normas en los apartes acusados violan el ordenamiento constitucional estableciendo tratos preferenciales o penas ilegales entre los condenados; bien porque de lo que tratan las normas comentadas es de un lugar de reclusión -y no de una sanción-, instituido para procurar los loables fines de prevención, corrección y resocialización de ciertas personas de acuerdo con sus capacidades o condiciones; bien porque en todos los casos, la internación en las colonias también debe ser el resultado de un proceso en que tienen que aplicarse los principios de legalidad, y respeto a la dignidad humana que orientan el juicio penal, y las garantías de igualdad y trato considerado que sustentan el sistema carcelario.

ESPACIO PENITENCIARIO-Demarcación de terrenos

La demarcación a que hace referencia el precepto normativo, constituye una disposición legal cuyo objetivo principal es el de garantizar ciertas condiciones mínimas de seguridad en las zonas aledañas a los centros penitenciarios, todo en aras de la conservación del orden público. La referida demarcación no constituye una violación de la garantía constitucional a la propiedad o de cualquier otro derecho real reconocido por las leyes.

GUARDIA PENITENCIARIO-Deber de evitar conversaciones

No puede entenderse que la norma prohiba la libertad de expresión en general, viole indiscriminadamente el derecho a la intimidad, o autorice a los guardianes para censurar arbitrariamente las manifestaciones de los internos. Simplemente los inviste con la autoridad necesaria para prever actos que atenten contra el régimen carcelario y el cabal cumplimiento de la pena, llamando la atención sobre conductas potencialmente peligrosas y que pueden constituirse en el germen de una infracción del estatuto penitenciario. Entendida así, la restricción resulta proporcionada, incluso necesaria - parece redundante decirlo -, pues nada más saludable para la seguridad carcelaria que la supervisión y control de las relaciones de la población carcelaria que sale del penal a trabajar con personal extraño.

GUARDIA PENITENCIARIO-Responsabilidad por negligencia

El contenido de la disposición ahora estudiada, es la descripción de una omisión. La responsabilidad que se predica de los guardianes surge del incumplimiento del deber de vigilancia que la ley impone. El precepto hace derivar dicha responsabilidad de la inadecuada custodia que se ejerce sobre los reclusos, esto es, de la negligencia en el ejercicio de un deber que como consecuencia permite que los detenidos causen daño a los bienes o instalaciones

de la institución. El origen del reproche estatal está claramente señalado en la norma al referirse "a las fallas en el servicio de vigilancia" y la base de la imputabilidad se precisa cuando tal imputación se hace a título de "dolo o culpa". No es cierto que la disposición consagre una modalidad de responsabilidad objetiva. Debe recordarse que el fundamento del reproche legal al formular el juicio de responsabilidad descansa sobre las nociones de imputabilidad y culpabilidad, es decir, de la posibilidad de atribuir o asignar la responsabilidad no de manera caprichosa y arbitraria, o por la sola ocurrencia de un hecho, sino con base en la apreciación de la conducta humana, del proceder e intención de las personas. De ahí que la referencia que hace la norma demandada al dolo o culpa como títulos de imputabilidad de la acción sancionada sea de capital importancia, pues se constituyen en la guía de las autoridades judiciales al evaluar los comportamientos. Dicho sea de paso, que la referencia a la autoridad competente para decidir los juicios de responsabilidad que trae el artículo 46 de la Ley 65 de 1993, es garantía para los imputados del debido proceso que se debe aplicar para poder imponer las sanciones correspondientes.

INPEC-A la Dirección General le corresponde determinar estudios en cárceles

Resulta infundado afirmar que la disposición demandada viole competencias propias de otras entidades, interfiriendo por esta vía con la estructura estatal señalada en la Constitución. Debe tenerse en cuenta que la actividad desarrollada por el Estado en sus múltiples manifestaciones es altamente compleja, y exige, con el propósito de lograr los objetivos que se ha trazado, del apoyo de múltiples entidades (públicas y privadas), que en razón al conocimiento y manejo que tienen de muchos campos de la actividad estatal se convierten en inmejorables colaboradores del gobierno central. Las leyes entonces, se entrelazan delicadamente para colaborar, cada una desde el ámbito de su competencia, con fines generales constitucionalmente impulsados. Es legítimo y deseable que en un caso como el estudiado, en el que se pretende prestar el servicio de educación en los centros de reclusión de la mejor manera posible, como parte de un sistema de rehabilitación carcelaria eficaz, el Gobierno apele a la experiencia y consejo de la entidad encargada de la administración y control de estos establecimientos -el Inpec-, para determinar los estudios que deban organizarse en cada centro de reclusión con la intención de que sean válidos para la redención de la pena. No sobra advertir, que todos los programas de educación superior que se ofrezcan en los centros carcelarios deben ser -además-, previamente autorizados por el Icfes y cumplir con los señalamientos de la Ley General de Educación.

LIBERTADES DE LOS INTERNOS

No se está en frente de un precepto arbitrariamente establecido, ni de vigencia ordinaria, porque su aplicación se origina en las graves circunstancias que amenazan el orden interno de la institución. Su empleo no puede ser injustificado por cuanto siempre debe existir una motivación que aconseje la limitación del derecho a la información. Es además, un recurso temporal pues, desaparecidos los hechos que alteraron el orden del plantel, deberán restablecerse las libertades que de manera preventiva se suspendieron. Así entendida, se trata de una norma constitucional.

CARCELES-Material pornográfico

Resulta extraño que la ley pretenda limitar actividades que dependen de la libre opción de cada individuo, es decir, del ejercicio de sus gustos y aficiones, y de las cuales no se deriva perjuicio o atentado contra los derechos ajenos. Como ya ha tenido oportunidad de sostenerlo

la Corte: el establecimiento de un régimen disciplinario que busque el orden en los recintos carcelarios, "no implica que el recluso no pueda poseer material pornográfico -o de cualquier otro tipo-, porque cada persona es libre de escoger sus lecturas y pasatiempos mientras no afecte los derechos de los demás". Junto al reconocimiento que hace esta Corporación de la libertad que los internos tienen para poseer material pornográfico, hay que advertir que el ingreso o circulación de este tipo de documentos debe cumplir con los requisitos legal y reglamentariamente exigidos para el ingreso y circulación de cualquier otro tipo de material cuya tenencia sea permitida. Con esta aclaración se busca prevenir el surgimiento de mecanismos clandestinos de comercialización de este tipo de material y reiterar la prohibición legal aplicada a los guardianes de las instituciones carcelarias en el sentido de actuar como divulgadores de pornografía, y en general, como comercializadores de cualquier tipo de sustancia lícita o ilegal. Las razones que asisten a la Corte para hacer este pronunciamiento son elementales: de un lado, es contrario a la naturaleza de estos funcionarios públicos servir de intermediarios entre el mundo exterior y el centro de reclusión para la provisión de bienes de cualquier naturaleza, y por otra parte, todas las instituciones carcelarias deben establecer con claridad la forma de ingresar bienes y prestar servicios permitidos por la ley y los reglamentos. El parágrafo del artículo 110 de la Ley 65 de 1993 será declarado inexequible por las razones expresadas y con las aclaraciones hechas, pues viola reglas constitucionales que garantizan la libertad de información, de expresión y el libre desarrollo de la personalidad.

REGLAMENTO DISCIPLINARIO PARA INTERNOS

Se declararán constitucionales las normas demandadas del reglamento disciplinario para internos, en el entendido de que el pronunciamiento de la Corte se limita analizar las razones genéricas presentadas por el demandante que controvierten la constitucionalidad de ciertos preceptos. En general, las conductas señaladas en el artículo como constitutivas de faltas parecen razonables y por lo tanto, las acusaciones globales presentadas contra el artículo 121 de la Ley 65 de 1993 no han de prosperar. No obstante, la Corte debe precisar con énfasis que la valoración de las faltas debe hacerse con suma ponderación y ecuanimidad para que no haya lugar a reproches arbitrarios que se pretendan justificar tras la invocación de la ley.

INTERNOS-Inconstitucionalidad de falta leve por descanso en el día en la cama

Por otro lado, -y en estricta aplicación del principio de legalidad que anima la actividad judicial-, es necesario decir que una de las conductas demandadas a las que se refiere el artículo que se estudia, contenida en el numeral 7°, resulta manifiestamente contraria a la Constitución. No tiene justificación, bajo ningún punto de vista, que el descanso en la cama por parte de los internos durante el día, mientras ello no signifique el incumplimiento de uno de los deberes asignados -v.gr. estudio, trabajo, etc.- pueda constituir una falta disciplinaria. Existe un ámbito de intimidad y de libertad que el legislador no puede desconocer con el pretexto de ordenar la vida en comunidad de los reclusos. Con esta precisa advertencia, este numeral se declarará inconstitucional.

COMISO EN CARCELES

Corresponde a la autoridad que destina los bienes decomisados velar por la conservación de los mismos teniendo en cuenta, claro está, si se trata de bienes fungibles o no, perecederos o no, todo con el objeto de determinar la destinación de las cosas, bien sea para su uso, consumo o depósito. Debe quedar claro entonces, que la norma por el hecho de constituir una sanción

disciplinaria, no puede convertirse en un mecanismo que viole arbitrariamente los derechos de propiedad o posesión de los internos, siendo claro que cuando la naturaleza de los bienes lo permita, estos deben ser devueltos a los reclusos tan pronto recuperen su libertad.

SANCIONES A INTERNOS/AISLAMIENTO DE INTERNOS

En cumplimiento de su facultad sancionadora, las autoridades carcelarias deben respetar ciertas limitaciones. La aplicación de cualquier clase de sanción no puede ser arbitraria, ni desconsiderar garantías mínimas protegidas por la Constitución. Estas premisas deben verificarse con mayor rigor en el caso de una sanción tan intensa como el aislamiento, quedando claro que con su utilización "no hay violación de los derechos fundamentales de los reclusos, por cuanto si llegara a existir posibilidad de lesión, el médico del establecimiento constatará tal inminencia y obviamente no aplica la sanción". Por eso es menester revisar detenidamente las condiciones en las que se cumple la citada medida y advertir que no obstante constituir una sanción disciplinaria válida, al emplearse también deben respetarse los derechos de los internos. Por eso, considera la Corte que resulta ostensiblemente inconstitucional la forma como el artículo 123 de la Ley 65 de 1993 regula la aplicación del aislamiento sancionatorio permitiendo solamente "dos horas de sol diarias" a los reclusos sometidos a esta consecuencia disciplinaria.

DERECHOS DE LOS INTERNOS-Inconstitucionalidad de dos horas de sol diarias

La especial condición en la que se encuentran las personas recluidas en cárceles y penitenciarías, y la existencia de un preciso régimen de disciplina que pretenda regular la convivencia de los internos, no puede convertirse, en ningún caso, en justificación para desconocer derechos fundamentales que guardan estrecha relación con la vida y la dignidad de las personas y que son plenamente reconocidos a detenidos y condenados.

FALTA DISCIPLINARIA DE LOS INTERNOS-En calificación no pueden apreciarse situaciones análogas

Resulta extraña la inclusión de una fórmula que de manera imprecisa establece un criterio de apreciación que abre la posibilidad al análisis caprichoso, infundado y difuso del comportamiento de los internos. La apreciación analógica de las circunstancias a la que se refiere la norma para efectos de la calificación de la falta es un recurso que rompe con el principio de legalidad referido y que además de atentar contra la seguridad jurídica, tan deseada en estos campos del derecho, puede ser el origen de desigualdades, tratos discriminatorios y decisiones injustificadas. La Corte acepta la petición y comparte el argumento del señor Procurador en el sentido de declarar la inexequibilidad de la expresión "situaciones análogas" contenidas en el mismo artículo 127. El delicado proceso de valoración de las faltas para efectos de su calificación, no puede confiarse a la apreciación de situaciones análogas a las claramente establecidas en el artículo. Permitirlo es abrir, sin ninguna duda, espacio para la arbitrariedad, la apreciación subjetiva, el capricho del funcionario de turno, o a la intriga y la presión; y fragmentaría penosamente importantes principios del procedimiento penal -ejemplo la legalidad, la dosimetría de la sanción, etc.-.

SANCION DISCIPLINARIA A INTERNO-Procedencia de recurso

El proceso disciplinario establecido en el Código Penitenciario, busca consagrar claramente el camino a seguir en caso de cometer una falla que viole el régimen de comportamiento establecido para los internos. Se trata de una metodología que se aplica sin distinciones, a la

totalidad de la población carcelaria preservando así el principio de igualdad propio de las investigaciones disciplinarias y estableciendo una serie de garantías que no se agotan en el texto del artículo 135 demandado, pues consagra otros principios relacionados con la debida investigación de los hechos, la fundamentación de las sanciones y la posibilidad de revocar o suspender provisionalmente los castigos impuestos que tienen como único propósito proteger a los internos y asegurarles un proceso justo y legal.

SANCION DISCIPLINARIA A INTERNO-No procede suspensión si son reincidentes

Uno de los elementos de apreciación para la calificación de las faltas es la revisión de la buena conducta anterior, del interno que se juzga, en el establecimiento. Con ello se busca adoptar una decisión que sea proporcional con la conducta y el comportamiento demostrado por cada cual. Sería injusta y abiertamente discriminatoria una norma disciplinaria que se aplicara sin tomar en consideración las específicas circunstancias objetivas y subjetivas que rodean el acto que se reprocha, y que para el caso de la reincidencia, tal como lo señala el artículo 128 de la Ley 65 de 1993, se limita al análisis del comportamiento del recluso durante los meses anteriores al momento en el que se somete a alguna de las sanciones establecidas.

REINCIDENCIA-Naturaleza

La reincidencia es una figura jurídica de gran significado sociológico. Se sabe que una de las funciones de la pena es la de disuadir a las personas en general, de cometer un acto prohibido. Para quienes ya han sido objetos de sanción se espera que esa función disuasiva sea ejercida por la misma experiencia de la pena. El reincidente demuestra una voluntad -que la ley no supone-, de quebrantar repetidamente la ley dejando sin efecto el mensaje o propósito persuasivo del reproche jurídico. Este indicador de la conducta humana es tomado en cuenta por el legislador en múltiples ocasiones para calificar el comportamiento de los infractores y determinar el tratamiento correccional a seguir. Por esta vía se busca desestimular conductas socialmente censurables, cuya reiteración hace que su autor no sea considerado para asumir nuevas responsabilidades o recibir beneficios. No se trata de una forma de revivir el peligrosismo en materia penal, en buena hora superado, puesto que la valoración del comportamiento del reincidente disciplinario se basa en el análisis objetivo de su conducta, que para el caso en estudio tiene además un límite temporal de aplicación (3 o 6 meses siguientes a la imposición de una pena); nada tiene que ver aquí la consideración de una supuesta inclinación natural, o disposición fisiológica para delinquir. Tampoco se atenta contra el orden constitucional al señalar por vía legal la vigencia de la figura de la reincidencia. "Dado que la Carta Política no contiene disposición alguna sobre la reincidencia, bien puede incluirse o no esta figura jurídica en los distintos estatutos sancionatorios, sin contrariar la Ley Suprema, pues, en esa materia, la Carta no se encuentra matriculada en ningún sistema doctrinal".

POLITICA CRIMINAL Y CARCELARIA-Fijación

No es contrario a la Constitución que la labor de formulación de la política criminal y carcelaria, en la que necesariamente debe tener injerencia el Presidente de la República, sea asesorada, planeada y desarrollada concurrentemente por distintos estamentos, como el Consejo Nacional de Política Penitenciaria y Carcelaria, conocedores de la problemática del sector y cercanos a su manejo y tratamiento. De esta forma, precisamente se pueden poner en práctica con eficiencia y celeridad las políticas y estrategias decididas por la cabeza de la rama ejecutiva, en lo que a ella corresponde, para la preparación y elaboración de proyectos de ley en materia criminal y para la ejecución de las grandes políticas trazadas por el legislador.

Referencia: Expediente D-1821.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 20 parcial; 28, 31, 44, 46, 64, 85, 94 parciales; 95; 110, 121, 122, 123, 126, 127, 135, 137 y 165 parciales; 167; y 170 parcial de la Ley 65 de 1993 "Código Penitenciario y Carcelario".

Actor: Marco Fidel Gómez Valle.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

Ejerciendo la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Marco Fidel Gómez Valle presenta demanda contra los artículos 20 parcial; 28, 31, 44, 46, 64, 85 y 94 parciales; 95; 110, 121, 122, 123, 126, 127, 135, 137 y 165 parciales; 167; y 170 parcial de la ley 65 de 1993 "Código Penitenciario y Carcelario", por infringir distintos preceptos del Estatuto Superior.

Al respecto, cabe anotar que el inciso final del artículo 64 y el numeral 3° de la segunda parte del artículo 123, fueron ya objeto de discusión por parte de esta Corporación, que mediante sentencia C-394 de 1995 decidió declararlos exequibles. En consecuencia, y respetando el principio de cosa juzgada en materia constitucional, el Magistrado Ponente mediante auto del treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997) rechazó la demanda en contra de las citadas normas. El fallo de constitucionalidad que procede a emitir la Corte, versará entonces, sobre el resto de normas acusadas.

Cumplidos los trámites señalados en la Constitución y la Ley y oído el concepto del Ministerio Público, procede la Corte a decidir.

II. METODOLOGIA ADOPTADA EN EL PRESENTE FALLO

En consideración al número de artículos demandados, y con el propósito de facilitar el análisis de cada uno de ellos, procede la Corte a transcribir cada una de las normas demandadas, luego se presentará un resumen de las tachas de inconstitucionalidad alegadas, y de los argumentos expresados tanto por los ciudadanos intervinientes, como por el Procurador General de la Nación. Finalmente se expondrán las argumentaciones de la Corporación.

1. Anotación preliminar: Presentación de la ley demandada

Las normas demandadas, objeto del presente fallo, hacen parte de la Ley 65 de 1993, "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario" El estatuto regula "el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y de las medidas de seguridad"[1]. Con tal propósito, establece una serie de disposiciones que trazan la organización del sistema carcelario y penitenciario (Título II), regulan el desarrollo de actividades laborales y de educación (Títulos VII y VIII), organizan el servicio de sanidad de las cárceles (Título IX), establecen el reglamento disciplinario para los internos (Título XI) y consagran los mecanismos de administración del personal penitenciario (Título IV), entre muchas otras normas, todas relacionadas con el adecuado funcionamiento de los centros de reclusión y con el cumplimiento de su finalidad.

---

[1] Tal es el señalamiento del artículo 1° de la citada ley al exponer el contenido del Código Penitenciario y Carcelario.

La expedición de este cuerpo normativo se inspira en el compromiso estatal de afrontar la criminalidad de manera integral, "dándole importancia al sistema carcelario y penitenciario para que sea actual, operativo y eficaz, y permita que las disposiciones se cumplan en pro de las medidas de aseguramiento y de la resocialización, de manera que el infractor reciba los beneficios de la redención y la sociedad los de un hombre que sea útil"[2].

Se procede al estudio de los cargos y a la presentación de la fundamentación jurídica que sobre cada tema hace la Corte.

2. Sobre las Colonias Agrícolas

2.1. Texto de las normas demandadas:

Artículo. 20.Clasificación. Los establecimientos de reclusión pueden ser cárceles, penitenciarías, cárceles y penitenciarías especiales, reclusiones de mujeres, cárceles para miembros de la Fuerza Pública, colonias, casa-cárceles, establecimientos de reclusión que se creen en el sistema penitenciario y carcelario.

Artículo. 28.Colonias Agrícolas. Son establecimientos para purgar la pena, preferencialmente para condenados de extracción campesina o para propiciar la enseñanza agropecuaria.

Cuando la extensión de las tierras lo permitan podrán crearse en ellas constelaciones agrícolas, conformadas por varias unidades o campamentos, con organizaciones especiales.

Artículo 85.Equipo Laboral. El Inpec procurará que en la planta de personal de las penitenciarías, colonias y cárceles de distrito judicial, figure el número de personal técnico indicado para el desarrollo de las labores de tales establecimientos. Estos funcionarios para posesionarse deberán acreditar sus títulos debidamente reconocidos.

Artículo 94.Educación. (...)

En las penitenciarías cárceles y colonias del distrito judicial, se organizarán bibliotecas. Igualmente en el resto de los centros de reclusión se promoverá y estimulará entre los internos, por los medios más indicados, el ejercicio de la lectura.

Artículo 165. Unidades Administrativas Especiales. Las penitenciarías y las colonias agrícolas serán unidades administrativas especiales. Contarán con una junta directiva integrada por el Director General del Inpec o su delegado, por dos delegados del Ministerio de Justicia y del Derecho, por el Gobernador o su delegado en cuya jurisdicción esté la sede de la penitenciaría o la colonia y por un delegado de la Sociedad de Economía Mixta "Renacimiento". El Director de cada centro hará las veces de secretario. Estas unidades administrativas especiales gozarán de personería jurídica, pero dependerán para todos los efectos de la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Se subraya lo demandado.

2.2. Argumentos de la demanda

Considera el demandante que debe declararse inexequible la palabra "colonias" y la expresión "colonias agrícolas" contenidas en los artículos 20, 28, 85, 94 y 165 de la Ley 65 de

---

[2] Extractado de la presentación del Proyecto de ley hecha por el señor Ministro de Justicia al Senado de la República en octubre de 1992. En: Gaceta del Congreso No. 132, 29 de octubre de 1992, Pg. 1. Constancia del proceso legislativo que debió seguir la Ley 65 de 1993 se encuentra en las siguientes gacetas del Congreso: 132 del 92; 24, 79, 221, 156 y 313 de 1993; 49 y 89 de 1994; 2 y 25 de 1996.

1993 pues, "el artículo 42 del Código Penal, suprimió las penas accesorias de relegación a colonia agrícola penal. Mantener vigente las colonias agrícolas contraviene no sólo el artículo 13 de la Constitución, sino también los artículos 28 y 29, pues "permite tratos diferenciales y penas diferentes a las establecidas en la ley preexistente".

2.3. Intervenciones

Mediante apoderada la ciudadana Almabeatriz Rengifo, Ministra de Justicia y del Derecho, y la ciudadana Maritza Hidalgo, Directora del Inpec, intervienen en el presente proceso para pedir a la Corte que se declaren EXEQUIBLES las normas demandadas. Las razones que respaldan la petición en sus respectivos alegatos se pueden sintetizar así:

Al demandar la inexequibilidad parcial de los artículos 20, 28, 85, 94 y 165 de la Ley 65 de 1993, el accionante confunde "la pena con el establecimiento de reclusión donde ésta se cumple". Y añaden: "Llamársele a un Penal ´Colonia Agrícola´, en manera alguna implica que en ellos se ejecute la extinta punición de Relegación a Colonia Agrícola Penal, como erróneamente lo cree el libelista". Se trata simplemente de una modalidad en el cumplimiento de la condena impuesta, buscando un mecanismo idóneo de reinserción a delincuentes de origen campesino, o con inclinaciones laborales.

2.4. Concepto del Ministerio Público

El Procurador General de la Nación emitió el concepto de rigor, en el que solicita a la Corte declarar EXEQUIBLES las expresiones demandadas de los artículos 20, 28, 85, 94 y 165 de la Ley 65 de 1993. Sustenta su petición afirmando que las colonias agrícolas fueron instituidas por el legislador como establecimientos para purgar la pena. Esta determinación resulta válida a la luz de la Carta Política, por cuanto el Congreso al expedir el Código Penitenciario y Carcelario, pretendió regular el cumplimiento de las medidas de aseguramiento y la ejecución de las penas privativas de la libertad personal, entre otras, creando para estos efectos dichos lugares. "La existencia de estos establecimientos es conveniente, toda vez que los detenidos en centros de reclusión están obligados a trabajar. Una opción es realizar tareas agrícolas, artesanales o de similar naturaleza, las cuales se pueden adelantar en una colonia". Se trata, en últimas, de establecimientos que permiten a los condenados de extracción campesina o con vocación agrícola adelantar tareas relacionadas con el agro. El trabajo en una colonia agrícola no significa pena accesoria.

2.5. Consideraciones de la Corte

En primer lugar, entra a determinar la Corte si las referencias que hace la Ley 65 de 1993, a los términos "colonia" y "colonia agrícola" hacen alusión a la pena de "relegación a colonia agrícola", como lo expresa el actor, o si por el contrario designan un asunto diferente.

La "relegación a colonia agrícola" era sin duda, una sanción específica,[3] reservada por el ordenamiento penal para ciertos actos considerados por su naturaleza como delitos menores. Estas conductas -e.g. ejercicio de la mendicidad contando con medios de subsistencia; o valiéndose de menores de edad, etc., por virtud del Decreto 522 de 1971 dejaron de ser parte

[3] La relegación a colonia agrícola penal era una sanción específica, distinta del arresto; así lo reconoció expresamente el legislador extraordinario al establecer en el artículo 337 del Código Penal –Decreto 100 de 1980- que: "A partir de la vigencia del presente Código, quienes estén cumpliendo condena de presidio o de relegación a colonia agrícola penal, continuarán descontándola como si se tratara de pena de prisión." Cfr. Sentencia 016 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

del Libro III del antiguo Código Penal, para pasar bajo la denominación de "contravenciones especiales" al Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía)[4].

Ni en el nuevo Código Penal -Decreto 100 de 1980-, al tratar el asunto de las penas -Título IV, Capítulo I-, ni en las sucesivas regulaciones sobre contravenciones especiales establecidas con posterioridad a 1980[5], se hace alusión a conductas sancionadas con pena de relegación a colonia agrícola.

Sobre el particular dijo la Corte: "Es tan evidente la inexistencia de dicha sanción (relegación a colonia agrícola), que el Constituyente en el artículo 28 transitorio de la Carta confirió competencia a las autoridades de policía, hasta que se la atribuyera a las autoridades judiciales, para conocer 'de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto', por tratarse de una sanción restrictiva de la libertad que en adelante y por mandato del mismo artículo, sólo podría ser aplicada por los jueces, y en ningún momento se hizo referencia a la relegación a colonia agrícola que también era una sanción privativa de la libertad"[6]

En conclusión, la sanción denominada "relegación a colonia agrícola" ha desaparecido de nuestra legislación[7].

¿A qué se refiere entonces, la Ley 65 de 1993 cuando menciona a las colonias agrícolas?

El Código Penitenciario al referirse a las colonias, las define como "establecimientos para purgar la pena, preferencialmente para condenados de extracción campesina o para propiciar la enseñanza agropecuaria"[8]

Debe quedar claro pues, que de lo que hablan las disposiciones citadas al utilizar dichas expresiones, es de un lugar de reclusión y no de una forma de sanción que, como ha quedado dicho, ya no existe en el panorama jurídico nacional.

Ahora bien: la clasificación de los establecimientos de reclusión contenida en el título II de la Ley 65 de 1993, está orientada por un sentido y un propósito claramente determinados. La función de la pena es preventiva, represiva y resocializadora. En la política criminal los centros de reclusión juegan un papel de significativa trascendencia: no se trata de meras edificaciones que empleando medidas de seguridad más o menos rigurosas, confinan en su interior a quienes han delinquido con el único interés de castigarlos privándolos de la libertad. No se trata simplemente de una expiación, sino de un proceso de reamoldamiento del recluso a las condiciones de la vida social, esto es, a un ambiente en el que se respeten los derechos de los demás y en el que se contribuya a la comunidad en la medida de las inclinaciones, los gustos, las oportunidades y los talentos de cada cual.

Con ese objetivo a la vista, la ley ha consagrado múltiples recursos para otorgar a los internos la oportunidad de rehabilitarse mediante el desarrollo de actividades productivas en los

---

[4] Vale señalar que los artículos 23, 24, 25 y 26 del Decreto 522 de 1971 que establecían las mentadas contravenciones sancionadas con la pena de relegación a colonia agrícola fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional mediante fallo C-016 de 1997, ya citado

[5] Ley 2° de 1984, Ley 23 de 1991, Ley 228 de 1991.

[6] Sentencia 016 de 1997.

[7] Sobre este punto no se hace nada distinto que reiterar la Jurisprudencia consignada en la policitada C-016/97.

[8] Artículo 28, Ley 65 de 1993.

ambientes y con las herramientas necesarias para tal fin. Aparecen entonces, disposiciones sobre el trabajo y la educación como formas de redimir la pena, claros ejemplos del compromiso resocializador del Estado al fijar su política criminal. Así mismo, es dentro del marco de esta intención reformadora en el que se concibe la existencia de las colonias como centros de reclusión. Se trata de lugares expresamente dedicados a la formación agrícola, en los que personas con vocación para el trabajo en el campo, bien por su extracción, bien por sus capacidades, cumplen su condena y al mismo tiempo se preparan para su regreso a la vida en comunidad.

Más aún, la existencia de este tipo de centros de reclusión cumple con una tarea resocializadora de alto significado para la Corte. Se pretende, en lo posible, que ciertos infractores de la ley -usualmente de origen campesino-, que son internados en las colonias agrícolas cumplan en primer lugar, con el castigo impuesto por los jueces de la República de manera útil, pero al mismo tiempo, sigan vinculados al ambiente cultural y social en el que se desenvuelven. Por esta vía, se pretende evitar las indeseables influencias que pueden originarse de su reclusión en un centro carcelario urbano que ciertamente les resultaría hostil y extraño. Obviamente, en cada caso tendrá que mediar la necesaria valoración del funcionario competente, para decidir de acuerdo con las condiciones del interno cuál es el lugar adecuado y recomendable para cumplir con su condena.

Resulta pertinente preguntar: ¿la existencia de este tipo de establecimientos viola la Constitución?

Con la puesta en funcionamiento de colonias agrícolas que cumplan los fines punitivos ya reseñados, y más claramente: con el específico señalamiento de las condiciones de trabajo y las características de los condenados que podrían ser remitidos a estos lugares, no se discrimina a la población carcelaria, ni se viola el derecho a la igualdad -artículo 13 de la Constitución-, que inclusive en su especial circunstancia de reclusión, les reconoce y garantiza la Carta Fundamental a todos los internos. Simplemente se trata del cumplimiento, en la forma más adecuada, de los objetivos de reeducación que aparecen en la base de todo el sistema carcelario y de la tarea de protección social que se impone a las autoridades en el cumplimiento de sus funciones.

No existe, pues, razón que haga pensar que las normas en los apartes acusados violan el ordenamiento constitucional estableciendo tratos preferenciales o penas ilegales entre los condenados; bien porque de lo que tratan las normas comentadas es de un lugar de reclusión -y no de una sanción-, instituido para procurar los loables fines de prevención, corrección y resocialización de ciertas personas de acuerdo con sus capacidades o condiciones; bien porque en todos los casos, la internación en las colonias también debe ser el resultado de un proceso en que tienen que aplicarse los principios de legalidad, y respeto a la dignidad humana que orientan el juicio penal, y las garantías de igualdad y trato considerado que sustentan el sistema carcelario[9]. Las normas parcialmente demandadas serán declaradas exequibles.

---

[9] El título I del Código Penitenciario y Carcelario establece el contenido y los principios rectores del estatuto legal. El artículo 3º señala:

"Igualdad. Se prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

"*Lo anterior no obsta para que se puedan establecer distinciones razonables por motivos de seguridad, de resocialización, y para el cumplimiento de la sentencia y de la política penitenciaria y carcelaria*".

Énfasis no original.

El artículo 4° por su parte, prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral.

3. Del espacio penitenciario y carcelario

3.1. Norma demandada:

Artículo. 31. Vigilancia interna y externa. La vigilancia de los centros de reclusión estará a cargo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional. La vigilancia externa estará a cargo de la Fuerza Pública y de los organismos de seguridad.

Cuando no exista fuerza para este fin, la vigilancia externa la asumirá el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.

Parágrafo 1. La Fuerza Pública, previo requerimiento o autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario o, en caso urgente, del director del establecimiento donde ocurran los hechos, podrá ingresar a las instalaciones y dependencias para prevenir o conjurar graves alteraciones de orden público.

Podrá también el director de cada centro de reclusión solicitar el concurso de la Fuerza Pública, para que ésta se encargue de la vigilancia de dicho centro en las ocasiones en que el cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional celebre su día clásico o cuando por circunstancias excepcionales de orden interno o de seguridad deba reforzarse la vigilancia del centro de reclusión. La asistencia de la Fuerza Pública será transitoria.

Parágrafo 2. El espacio penitenciario y carcelario comprende la planta física del respectivo centro de reclusión, los terrenos de su propiedad o posesión que la circundan y por aquellos que le sean demarcados de acuerdo con resolución del director del centro de reclusión respectivo.

Se subraya lo demandado.

3.2. Argumento de la demanda

En criterio del actor, el aparte subrayado del parágrafo 2° del artículo 31 de la misma Ley 65 de 1993, "debe ser declarado inexequible porque viola el artículo 58 de la Carta Magna" pues el director del centro de reclusión no es el funcionario competente para demarcar espacios aledaños a establecimientos carcelarios "que podrían cumplir una función social y que ante el interés general podrían ser expropiados". Esa competencia debe radicar en el Departamento Nacional de Planeación, o en la entidad seccional de planeación correspondiente, con asesoría o colaboración del director de un centro carcelario, si así lo estimaran los funcionarios competentes.

3.3. Intervenciones

La Ministra de Justicia y la Directora del Inpec coinciden en que el parágrafo 2° del artículo 31, en lo acusado, no usurpa competencias del Departamento Nacional de Planeación, "ya que la demarcación a la que hace referencia el precepto normativo, no implica desconocimiento al debido proceso ni a la defensa en el caso de que el acto administrativo afecte derechos de terceros".

3.4. Concepto del Ministerio Público

Dice el Procurador que no es posible afirmar que normas que establecen mecanismos de expropiación en beneficio de intereses colectivos atenten contra derechos constitucionalmente protegidos, pues el reconocimiento de la propiedad privada en la Constitución no se convierte en garantía absoluta, "por cuanto la misma norma señala que la propiedad es función social, situación que impone obligaciones". En ese orden de ideas, "al disponer el legislador qué

comprende el espacio penitenciario y carcelario, no está revistiendo al director del mismo para que de manera arbitraria ´demarque´ terrenos, afectando derechos de terceros, sino que ello debe hacerse con arreglo a las leyes civiles enmarcadas por la Constitución".

3.5. Consideraciones de la Corte

La demarcación a que hace referencia el precepto normativo, constituye una disposición legal cuyo objetivo principal es el de garantizar ciertas condiciones mínimas de seguridad en las zonas aledañas a los centros penitenciarios, todo en aras de la conservación del orden público. "Se ha visto cómo el crimen organizado, desde las cárceles, fortifica su acción delictiva, valiéndose del vecindario, el cual llega a convertirse en epicentro de operaciones delictivas. Es pues un principio de seguridad nacional -y de protección ciudadana-, el que exige una actividad rigurosa de control sobre el vecindario de los establecimientos carcelarios, donde debe haber condiciones especiales de orden público que justifican restricciones sólo limitadas por los derechos fundamentales en su núcleo esencial"[10].

Se tiene pues, que la facultad atribuida a los directores de los centros de reclusión del país para señalar el área de influencia del recinto penitenciario o carcelario a ellos confiado, responde al cumplimiento de una función de gobierno interno[11], es decir, al ejercicio de su cargo, con el que se pretende únicamente lograr una mejor custodia de la institución, realizando labores de control que se traducen en el adecuado conocimiento del sector aledaño a la cárcel, y en la delimitación de un campo de acción externo a las instalaciones penitenciaras, al que ha de prolongarse la vigilancia y la conservación del orden.

Se repite con énfasis: con la demarcación del espacio carcelario el director del centro de reclusión no hace nada distinto que ejercer una de las funciones que la ley le atribuye, cumpliendo de ese modo con los preceptos consagrados por la Constitución al disponer la organización y estructura del Estado -Cfr. Artículo 121 C.P.

Vista la íntima relación que hay entre la labor asignada a los directores de las cárceles por la norma que se estudia -vigilancia interna y externa-, y la competencia funcional de control y mantenimiento de la seguridad en los centros carcelarios que en general asigna la ley a estos agentes estatales, no es posible afirmar que con la delimitación del espacio carcelario se usurpen labores conferidas a otros funcionarios -e.j. el Director de Planeación Nacional-.

Tampoco es correcto pensar que la tarea de demarcación de un espacio penitenciario de influencia, pueda tener efectos jurídicos y finalidades distintas a las de protección y prevención a que expresamente se refiere la ley. Dicho sin ambages: la resolución expedida por el director del centro de reclusión, no es una forma de expropiación, ni constituye una modalidad de interferencia de los derechos adquiridos de persona alguna.

En este orden de ideas, la referida demarcación, no constituye una violación de la garantía constitucional a la propiedad -artículo 58 C.P.- o de cualquier otro derecho real reconocido por las leyes.

Nada debe temer el actor, ni los vecinos de un establecimiento carcelario, porque -a guisa de ejemplo-, en el hipotético caso de que por razones de utilidad pública e interés social, sea

---

[10] Sentencia C-394 del 95, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[11] El artículo 36 de la Ley 65 de 1993 señala al director de cada centro de reclusión como jefe de gobierno interno. En tal calidad, tendrá que tomar las medidas que el servicio demande y "*responderá ante el director del Inpec del funcionamiento y control del establecimiento a su cargo*".

necesaria la adquisición de los inmuebles aledaños a los establecimientos de reclusión para garantizar la seguridad del establecimiento, de los reclusos y de la población vecina, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido mecanismos de reparación tanto judiciales como administrativos cuando los derechos de los ciudadanos resultan afectados por la actuación estatal. En ese evento, será necesario que el Gobierno Nacional a través de los funcionarios competentes -que en ningún caso son los directores de las cárceles-, cumpla con el proceso de expropiación por vía administrativa, previa *indemnización la cual estará sujeta a posterior acción contencioso-administrativa incluso respecto del precio*[12].

En síntesis, la norma parcialmente demandada, a diferencia de lo que propone el accionante, cumple concretas finalidades de protección, no interfiere con competencias asignadas a otras entidades estatales y respeta celosamente los derechos adquiridos de terceros.

4. Sobre los deberes de los guardianes

4.1. Norma acusada:

Artículo 44. Deberes de los Guardianes. Los miembros del cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional tienen los siguientes deberes especiales, además de los que señalen su estatuto y los reglamentos general e interno:

(...)

e) Custodiar a los condenados o detenidos que vayan a trabajar fuera del establecimiento y emplear todas las precauciones posibles para impedir violencias, evasiones y *conversaciones o relaciones de ellos con los extraños,* exceptuando los casos previstos en el Código de Procedimiento Penal.

Se subraya lo demandado.

4.2. Argumentos de la demanda

Sobre el literal e) del artículo 44 de la Ley 65 de 1993, considera el actor que "se debe declarar la inexequibilidad del impedimento que se da a los condenados y a los detenidos para entablar conversaciones o relaciones con extraños", pues: "El derecho a la intimidad protege el ámbito de lo privado de una persona, y en nada perjudica a los guardianes, directivos de los centros carcelarios, o al mismo Estado... que una persona que se encuentra privada de la libertad, decida espontáneamente relacionarse con otros miembros de la comunidad carcelaria. Una prohibición de este tipo "altera la dignidad y honra del individuo y no garantiza sus derechos de manera razonable y equitativa".

4.3. Intervenciones

Sobre el literal e) del artículo 44 materia de acusación parcial, que prohibe a los detenidos y condenados establecer conversaciones o relaciones con extraños, dicen los intervinientes: "se entiende claramente en el sentido de llevar a cabo entrevistas no autorizadas; es decir, violando el régimen de visitas que establece la Ley 65 de 1993... se busca con esto prevenir la ocurrencia de hechos punibles al interior de los establecimientos carcelarios".

4.4. Concepto del Ministerio Público

No es posible afirmar que la garantía constitucional de la intimidad deba entenderse de manera absoluta. "La situación del interno es especial al hallarse privado de la libertad, como consecuencia

[12] El citado artículo 33 de la Ley 65/93, por ejemplo, establece la posibilidad de expropiación por vía administrativa de los inmuebles cercanos a las cárceles, por razones de interés público y utilidad social. Esto es posible siempre y cuando exista *previa indemnización, la cual estará sujeta a posterior acción contencioso-administrativa, incluso respecto del precio.*

de la comisión de un hecho punible. Su permanencia en el centro de reclusión lo obliga a someterse al régimen carcelario previsto en la ley y en los reglamentos. Por ello se suspenden, se restringen o limitan algunos derechos, como el de la intimidad -sin que se impida el libre desarrollo de la personalidad, derecho consagrado en el artículo 16 Superior-, y la decisión se mantiene durante el tiempo de privación de la libertad para evitar evasiones o fugas." Con esta interpretación condicionada, el señor Procurador considera que el texto demandado, es constitucional.

4.5. Consideraciones de la Corte

No cabe duda, de que la eficacia de las sanciones penales como instrumentos represivos y reformadores en la lucha y control de la criminalidad, depende de su efectivo cumplimiento. Compete a los funcionarios del sistema carcelario velar porque las sanciones decretadas por los jueces se acaten y logren su finalidad. Por eso, buena parte del éxito de las políticas en materia carcelaria y penitenciaria está relacionado con labores de prevención, diseñadas para detectar posibles fallas del sistema y actuar defendiendo el interés social y la seguridad ciudadana.

Es por consideración a esta vocación preventiva que resulta lógico y recomendable que en determinadas circunstancias se extremen los mecanismos de seguridad para precaver cualquier evento que ponga en peligro la integridad del régimen carcelario. En eventos como esos, que la ley debe señalar con claridad, ciertas restricciones a los derechos de los internos resultan justificadas. Se trata precisamente de una de las consecuencias del status especial al que se someten los reclusos.

La Corte ya ha tenido la oportunidad de expresar su opinión respecto del asunto de las limitaciones de los derechos de los internos:

"Las limitaciones en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales -reconocidos a los internos- se presentan dadas las circunstancias especiales de seguridad y salubridad que se deben mantener en la cárcel, para garantizar el cumplimiento de las penas y las medidas de seguridad, así como para la propia protección de los reclusos y de derechos de terceros. Las autoridades carcelarias no pueden, en ningún caso, efectuar conductas que sean lesivas de aquellos derechos constitucionales que las personas recluidas conservan en forma plena. Así por ejemplo, la dignidad de los presos debe ser respetada y no se les puede aplicar torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. De otro lado, cuando sea necesario limitar un derecho, la autoridad carcelaria o penitenciaria tiene la obligación de tomar medidas proporcionales al fin perseguido, el cual obviamente tiene que ser constitucionalmente legítimo"[13].

La fracción demandada de la norma que se debate constituye un buen ejemplo de aquellos casos en donde derechos de los internos son limitados con el propósito de garantizar la efectividad de la pena, previniendo situaciones que pueden ser el origen de fugas, daño a bienes ajenos o violencia en general.

Corresponde establecer si la limitación del derecho de expresión -y conexos-, de los condenados que salen del centro carcelario a trabajar, al prohibírseles relacionarse o conversar con extraños, es proporcionada con el fin que persigue la norma. Veamos:

a. La finalidad que persigue la norma que contiene la supuesta limitación es el cumplimiento de la pena a través de la eficaz vigilancia y custodia de los reclusos en las diferentes actividades que desarrollan.

---

[13] Sentencia C-318 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

b. Los mecanismos que se describen para alcanzar esta finalidad guardan relación directa con el control de circunstancias efectiva o potencialmente peligrosas para el cumplimiento de la pena, a saber: violencia, evasiones, conversaciones o relaciones con extraños.

c. La específica limitación es de naturaleza preventiva y se aplica para cumplir la finalidad de la norma.

d. La misma norma hace referencia a circunstancias bajo las cuales no podrá aplicarse la limitación, esto es, a aquellos casos en donde las conversaciones con personal extraño están autorizadas por la ley. Y la razón para esto surge con claridad: no es posible para el legislador anticipar el panorama de relaciones que un interno puede y debe entablar durante el desarrollo de su actividad laboral por fuera del centro de reclusión. Este tipo de actividades obligan eventualmente a establecer contacto con personal ajeno a la institución que eventualmente se relaciona con ella.

No puede entenderse, por tanto, que la norma prohiba la libertad de expresión en general, viole indiscriminadamente el derecho a la intimidad, o autorice a los guardianes para censurar arbitrariamente las manifestaciones de los internos. Simplemente los inviste con la autoridad necesaria para prever actos que atenten contra el régimen carcelario y el cabal cumplimiento de la pena, llamando la atención sobre conductas potencialmente peligrosas y que pueden constituirse en el germen de una infracción del estatuto penitenciario. Entendida así, la restricción resulta proporcionada, incluso necesaria -parece redundante decirlo-, pues nada más saludable para la seguridad carcelaria que la supervisión y control de las relaciones de la población carcelaria que sale del penal a trabajar con personal extraño. La declaración de exequibilidad que cobija a la norma parcialmente impugnada estará pues, condicionada a los lineamientos que la Corte acaba de señalar.

5. De la responsabilidad de los guardianes

5.1. Norma acusada:

Artículo 46. Responsabilidad de los guardianes por negligencia. Los oficiales, suboficiales y guardianes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional serán responsables de los daños y perjuicios causados por los internos a los bienes e instalaciones de la institución, por fallas en el servicio de vigilancia atribuibles a culpa o dolo, declaradas judicialmente.

Se subraya lo demandado.

5.2. Argumento de la demanda

El tipo de responsabilidad que establece el artículo 46 de la Ley 65 de 1993 desborda el objeto para el que fue expedido el comentado código penitenciario -no hay unidad de materia-. Se constituye además, en un precepto que viola los principios del debido proceso y de legalidad al establecer un caso de responsabilidad objetiva inexistente en las disposiciones penales vigentes.

5.3. Intervenciones

Manifiestan las intervinientes que no es cierto que la Ley 65 de 1993, en su artículo 46 cree un tipo penal alterno al de daño en bien ajeno que consagra el Código Penal, ni que la norma acusada riña con los artículos 6 y 90 de la Carta Fundamental; por el contrario, se entrelazan de manera jerárquica, correspondiéndole a la ley penal sancionar los delitos, a las normas administrativas reprimir las faltas disciplinarias y a las civiles y/o administrativas, hacer efectivo

el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con las conductas reprochables. " Se concluye que la responsabilidad a la que alude el citado artículo 46 ibidem, no es penal sino patrimonial".

5.4. Concepto del Ministerio Público

Dentro del temario de la Ley "es comprensible y se ajusta a los mandatos constitucionales, el hecho de incluir el aspecto de la responsabilidad de los oficiales, suboficiales y guardianes -art. 46-, servidores públicos que cumplen la función administrativa de custodia y vigilancia del personal recluido en el establecimiento carcelario" "El legislador previó en el artículo 46 de la Ley 65 de 1993, la responsabilidad que surge de las conductas omisivas, señalando que la misma debe ser declarada judicialmente, previa observancia del debido proceso." Tampoco se aprecia que con la expedición de la ley demandada se viole el principio de unidad de materia, pues, como lo ha dicho la Corte: "el término ´materia´ para estos efectos, se toma en una acepción amplia, comprensiva de varios asuntos que tienen en ella su necesario referente..." (Corte Constitucional, Sentencia C-025 del 4 de febrero de 1993). La norma impugnada guarda relación temática con la materia dominante, toda vez que alude al Régimen Penitenciario y Carcelario, en el cual se consagra la responsabilidad del personal vinculado a dichos centros, entre otras materias. Por consiguiente es constitucional.

5.5. Consideraciones de la Corte

a. Es difícil encontrar un asunto que diga relación con el desarrollo social, que no pueda expresarse en términos de una institución jurídica. Si hay alguna característica típicamente relacionada con esa forma de regular la conducta que identificamos como derecho, es la de tener por objeto de preocupación constante los efectos de las relaciones interpersonales.

El de la responsabilidad es un tema que ejemplifica con agudeza esta afirmación. Se trata, ni más ni menos, del dispositivo jurídico empleado para analizar las consecuencias del cumplimiento o no de las obligaciones adquiridas, del respeto por los deberes contraídos.

De allí que se pueda afirmar que las distintas disposiciones que se encargan de regular la responsabilidad desde diversos ámbitos (civil, penal, disciplinario, etc.), no son nada diferente a mecanismos de apreciación de la conducta y de control de sus efectos. Se habla de hechos físicos o humanos cuyos efectos jurídicos relevantes se producen por el sólo ministerio de la norma jurídica, con independencia de la voluntad reflexiva. La involuntariedad del efecto quiere decir que aunque exista o no un interés por parte del agente en la realización de un determinado hecho, sus efectos jurídicamente relevantes, como la reparación del daño causado, la pena por el delito o la sanción por la falta disciplinaria, se producen por el exclusivo ministerio de la ley, con independencia del querer del sujeto.

Estas conductas, relevantes para el derecho, admiten diversas modalidades. Se puede ser responsable por acción o por omisión, esto es, el reproche legal puede ser resultado de la infracción de la ley por acciones positivas o negativas (abstenciones) en el cumplimiento de deberes jurídicos.

Piénsese a continuación en la norma parcialmente demandada. Se trata de un precepto que establece ciertos efectos del incumplimiento de los deberes radicados en cabeza de los guardianes. La función principal de estos funcionarios es la de vigilar y supervisar constantemente a los internos (así lo señala el artículo 44 de la Ley 65 de 1993). El incumplimiento de este deber puede dar origen a múltiples reproches traducidos en distintos juicios de responsabilidad, dependiendo de los hechos específicos que ponen en cada caso a funcionar los mecanismos de derecho. Así, la conducta puede ser de carácter delictivo, dando lugar a un

proceso penal; puede constituirse en una infracción al reglamento interno, convirtiéndose en una falta disciplinaria; o puede afectar los derechos patrimoniales de otros, configurándose un caso de responsabilidad civil. En todos los eventos la ley opera independientemente de los deseos del agente.

Ahora bien: el contenido de la disposición ahora estudiada, es la descripción de una omisión. La responsabilidad que se predica de los guardianes surge del incumplimiento del deber de vigilancia que la ley impone. El precepto hace derivar dicha responsabilidad de la inadecuada custodia que se ejerce sobre los reclusos, esto es, de la negligencia en el ejercicio de un deber que como consecuencia permite que los detenidos causen daño a los bienes o instalaciones de la institución. El origen del reproche estatal está claramente señalado en la norma al referirse "a las fallas en el servicio de vigilancia" y la base de la imputabilidad se precisa cuando tal imputación se hace a título de "dolo o culpa".

Esta modalidad de la responsabilidad -por omisión-, tiene antecedentes legales de diverso rango. Por ejemplo, la Constitución Nacional (art. 6) predica la responsabilidad de los servidores públicos por la infracción de la propia Carta Fundamental y de las leyes, además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Igualmente al referirse a la responsabilidad patrimonial del Estado señala el deber de reparación por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas (art. 90). El ordenamiento civil al regular la responsabilidad "por el hecho de otro" -artículo 2347 C.C. hace radicar la reprobación legal, en la falta de cuidado (omisión), de una persona al supervisar el comportamiento de aquéllos bajo su dependencia y control. Tampoco para el ordenamiento penal la conducta omisiva resulta extraña; el Código de la materia considera que el hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión (art. 19).

Por otro lado, no es cierto que la disposición consagre una modalidad de responsabilidad objetiva. Debe recordarse que el fundamento del reproche legal al formular el juicio de responsabilidad descansa sobre las nociones de imputabilidad y culpabilidad, es decir, de la posibilidad de atribuir o asignar la responsabilidad no de manera caprichosa y arbitraria, o por la sola ocurrencia de un hecho, sino con base en la apreciación de la conducta humana, del proceder e intención de las personas. De ahí que la referencia que hace la norma demandada al dolo o culpa como títulos de imputabilidad de la acción sancionada sea de capital importancia, pues se constituyen en la guía de las autoridades judiciales al evaluar los comportamientos.

Dicho sea de paso, que la referencia a la autoridad competente para decidir los juicios de responsabilidad que trae el artículo 46 de la Ley 65 de 1993, es garantía para los imputados del debido proceso que se debe aplicar para poder imponer las sanciones correspondientes. El del debido proceso es asunto respecto del cual la Corte ha se expresado con precisión:

"El Constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Existen ciertos principios mínimos a los que debe sujetarse la actuación estatal y que han sido establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, etc."[14]

---

[14] Sentencia T-145 del 93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

b. También considera el demandante que la norma impugnada parcialmente rompe con el principio de unidad de materia, que considera inadmisibles las disposiciones o modificaciones contenidas en una ley o proyecto de ley que no se relacionen con la materia que aquélla o éste refieran (artículo 158 C.P.).

No encuentra la Corte que el artículo 46 de la Ley 65 de 1993 rompa el mencionado principio. El Código Penitenciario y Carcelario pretende establecer los mecanismos adecuados para que en cumplimiento de las funciones que le son propias, el Estado, por intermedio de las instituciones y funcionarios encargados, dé efectivo cumplimiento a las sanciones impuestas por las autoridades judiciales. Lógicamente son destinatarios de esta regulación, todos los participantes en el sistema, cada cual dentro del ámbito de sus funciones y sus deberes.

Así, se consagra no sólo un régimen disciplinario para los internos (Título XI), sino también un código de conducta en el que vela por el adecuado control de los recintos y por el eficiente empleo de la autoridad radicada en cabeza de los guardianes(Título IV). Se han establecido entonces, normas de comportamiento que permiten la adecuada convivencia al interior de estos centros, y que fijan de manera clara los deberes de los funcionarios públicos para lograr la adecuada prestación del servicio encomendado.

No resulta extraño entonces, que dentro de los propósitos y facultades del legislador a la hora de regular materia tan delicada como el régimen penitenciario y carcelario, haya tenido cabida en el panorama de sus preocupaciones, la intención de organizar y determinar las obligaciones y responsabilidades de quienes deben guardar la integridad de las instituciones de reclusión y garantizar el efectivo cumplimiento de la pena y sus fines.

En anterior oportunidad, esta Corporación, al referirse principio de unidad de materia señaló:

"La interpretación del principio de unidad de materia, no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el principio democrático, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado. Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley"[15].

Es claro el vínculo de conexidad que existe entre el estatuto en general y la norma que se revisa, pues hacen parte de un mismo propósito estatal, encaminado a revisar y reformar integralmente el sistema carcelario, dotándolo de los recursos jurídicos que permitan un adecuado cumplimiento de la función y una equitativa distribución de responsabilidades y deberes.

6. Coordinación de los estudios

6.1. Norma acusada:

Artículo 95. Planeación y organización del estudio. La Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, determinará los estudios que deban organizarse en cada centro de reclusión que sean válidos para la redención de la pena.

Se subraya lo acusado.

6.2. Argumento de la demanda

La facultad que confiere el artículo 95 de la ley demandada a la Dirección General del Inpec para determinar los estudios que deban organizarse en cada centro de reclusión, "corresponde

[15] Sentencia C-025 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

al Ministerio de Educación Nacional, o a la seccional de educación en que esté ubicado el centro carcelario y no al Inpec." Por tanto, el artículo debe declararse inexequible.

6.3. Intervenciones

El artículo 95 de la Ley 65/93 no es inconstitucional, pues las actividades educativas que deben organizarse en los centros de reclusión, son aquellas que obviamente han sido previamente autorizadas por el gobierno nacional. Aquí el actor confunde la función de crear con la de organizar.

6.4. Concepto del Ministerio Público

Sobre el artículo 95 del la Ley 65 de 1993, manifiesta el señor Procurador que no es cierto, como lo cree el actor, que la Dirección General del Inpec sea totalmente autónoma para determinar los estudios que deban realizarse en cada centro de reclusión, y que sean válidos para la redención de la pena, por cuanto para su definición se encuentra sometida a las políticas señaladas por el ministerio de Educación. Bajo este entendido la norma es constitucional.

6.5. Consideraciones de la Corte

La educación, -al igual que el trabajo-, como elemento integrante de la política criminal y punitiva del Estado constituye la base fundamental de la resocialización.

Se trata de una actividad que considera al hombre desde un punto de vista especial: por encima del ser mira sobre todo el devenir, la evolución; por encima de la forma común a todos mira la configuración concreta, irreiterable, y esto lo hace siempre teniendo en cuenta la posibilidad de influir, de modelar, de descubrir. Es una empresa que busca conjugar las capacidades e inclinaciones del ser humano con los valores culturales de su entorno social. Heterodoxa en sus modalidades, plural en su metodología, a través de la capacitación se pretende que la persona que ha violado la ley pueda descubrir nuevas posibilidades de interelación con la comunidad, alcanzando su realización como ser humano y respetando los derechos de los demás.

La pena como consecuencia de la comisión de un delito no es un mecanismo retaliatorio que pretende vindicar el daño causado a la sociedad a partir del sufrimiento del condenado. Debe mirarse como un "mal necesario" en el que el Estado asume la responsabilidad de defender derechos y principios fundamentales de la comunidad (art. 2 C.P.) y se compromete con la tarea de rehabilitación de los ciudadanos que han quebrantado la ley. La educación como actividad propia de la vida penitenciaria, cumple una finalidad plausible y en concordancia con la Carta del 91: la de ser el mecanismo idóneo para permitir la convivencia pacífica y democrática, y alentar el respeto por las opiniones, actos y bienes del otro; la mejor forma de reintroducir al hombre a la vida colectiva (art. 67 C.P.).

Las leyes se han encargado de desarrollar estas directrices, señalando que "la educación para la rehabilitación social es parte integrante del servicio educativo prestado por el Estado" Este tipo de educación comprende los programas educativos que se ofrecen a personas y grupos cuyo comportamiento individual y social exige procesos educativos integrales que le permitan su reincorporación a la sociedad[16]. En el caso de los establecimientos carcelarios del país, se ha estimulado la creación de "centros educativos para el desarrollo de programas de educación

[16] La educación para la rehabilitación social es materia contemplada en la Ley General de Educación –115 de 1994-, en su artículo 68 y siguientes.

permanente como medio de instrucción o de tratamiento penitenciario, que podrán ir desde la alfabetización hasta programas de instrucción superior" La educación impartida deberá tener en cuenta los métodos pedagógicos propios del sistema penitenciario, el cual enseñará y afirmará en el interno, el conocimiento y respeto de los valores humanos, de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana[17].

Los mecanismos disponibles para el desarrollo de estos propósitos son de diversa índole, pudiéndose establecer sistemas de educación formal e informal que requieren métodos didácticos, contenidos y procesos pedagógicos acordes con la situación de los educandos[18], quienes estarán sometidos a la permanente organización, inspección y vigilancia que ejerza el Gobierno a través del propio Presidente (supremo inspector en la materia), o sus delegados, v.g., el Ministro de Educación, y los Gobernadores y Alcaldes (con sus respectivos secretarios de educación)[19]. Así, corresponde al Ministerio de Educación Nacional la orientación del sector educativo, bajo la dirección del Presidente de la República. En consecuencia, el Ministerio formulará las políticas, planes, programas y objetivos, así como los criterios de planeación tendientes a su cumplimiento, para la adecuada prestación del servicio[20].

A esta reglamentación general, la misma Ley General de Educación hace un señalamiento adicional que interesa para efectos del caso concreto que estudia la Corte: cuando se traten de implementar programas de educación en los centros de reclusión se debe tener en cuenta para los planes y programas educativos, las políticas técnico pedagógicas y administrativas sugeridas por el Inpec[21].

Por lo tanto, resulta infundado afirmar que la disposición demandada viole competencias propias de otras entidades, interfiriendo por esta vía con la estructura estatal señalada en la Constitución. Debe tenerse en cuenta que la actividad desarrollada por el Estado en sus múltiples manifestaciones es altamente compleja, y exige, con el propósito de lograr los objetivos que se ha trazado, del apoyo de múltiples entidades (públicas y privadas), que en razón al conocimiento y manejo que tienen de muchos campos de la actividad estatal se convierten en inmejorables colaboradores del gobierno central. Las leyes entonces, se entrelazan delicadamente para colaborar, cada una desde el ámbito de su competencia, con fines generales constitucionalmente impulsados.

Finalmente, es legítimo y deseable que en un caso como el estudiado, en el que se pretende prestar el servicio de educación en los centros de reclusión de la mejor manera posible, como parte de un sistema de rehabilitación carcelaria eficaz, el Gobierno apele a la experiencia y consejo de la entidad encargada de la administración y control de estos establecimientos -el Inpec-, para determinar los estudios que deban organizarse en cada centro de reclusión con la intención de que sean válidos para la redención de la pena. No sobra advertir, que todos los programas de educación superior que se ofrezcan en los centros carcelarios deben ser -además, previamente autorizados por el ICFES y cumplir con los señalamientos de la Ley General de Educación.

---

[17] Cfr. Artículo 94 de la Ley 65 de 1993.

[18] Cfr. Artículo 69 de la Ley 115 de 1994.

[19] Así lo disponen los artículos 168 y siguientes de la Ley 115 de 1994.

[20] No puede pasarse por alto la tarea que desarrollan en el desarrollo y programación de la labor educativa ciertas entidades pertenecientes al sector como el ICFES.

[21] Artículo 69, Ley 115 de 1994, parágrafo.

7. Las libertades de los internos

7.1. Norma acusada:

Artículo 110.Información Externa. Los reclusos gozan de libertad de información, salvo grave amenaza de alteración del orden, caso en el cual la restricción deberá ser motivada.

En todos los establecimientos de reclusión, se establecerá para los reclusos, un sistema diario de informaciones o noticias que incluya los aspectos más importantes de la vida nacional e internacional, ya sean boletines emitidos por la dirección o por cualquier otro medio que llegue a todos los reclusos y que nos se preste para alterar la disciplina.

Parágrafo. Queda prohibida la posesión y circulación de material pornográfico en los centros de reclusión.

Se subraya lo demandado.

7.2. Argumento de la demanda

Las partes subrayadas correspondientes al inciso 1 y el parágrafo del artículo 110 de la Ley 65 del 93, deben declararse inexequibles por reñir con el artículo 23 de la Constitución Política entre otras disposiciones. "Con la posesión y circulación de material pornográfico los internos están ejerciendo, sin llegar a extremos que atenten contra la moral, las buenas costumbres y los derechos de los demás, el derecho al desarrollo de la personalidad y el artículo 15 de la Constitución Política; cada persona es libre de escoger lo que le gusta leer y lo que puede contribuir a su diversión y entretenimiento; es más nocivo para el individuo alejarlo del mundo exterior que permitir lecturas que considera enriquecen su cultura o al menos redimen sus angustias por sentirse aislado o privado de la libertad".

7.3. Intervenciones

Se demanda la declaratoria de inexequibilidad del inciso 1° y el parágrafo del artículo 110 de la Ley 65/93. La excepción contemplada en el inciso primero, busca proteger intereses colectivos e individuales de las personas privadas de la libertad, caso en el cual debe imperar "la primacía del orden público y los derechos a la vida e integridad de aquellas, por sobre el derecho a la información. La lógica indica que aún entre los derechos fundamentales debe existir una jerarquía sobre todo para casos en los que ellos se encuentran en conflicto".

7.4. Concepto del Ministerio Público

"Como se ha expuesto, los derechos constitucionales fundamentales no son absolutos, ya que encuentran límites representados en las garantías que la propia Carta reconoce en favor de las personas, como también en los beneficios consagrados en aras del interés colectivo. Como lo establece el inciso 1° del artículo 110 de la ley que se examina, los reclusos gozan del derecho a la libertad de información, con las limitaciones derivadas de la amenaza contra el orden necesario para la convivencia del grupo al cual pertenecen. Por tanto la restricción allí consagrada es razonable, mientras no signifique desconocimiento del núcleo esencial de este derecho".

7.5. Consideraciones de la Corte

a. La Corte no ha sido ajena al debate sobre el régimen de derechos reconocido a los internos y sus posibles limitaciones. Al respecto, en otra oportunidad dijo:

"La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas recluidas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista de su

comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos de sus derechos suspendidos, otros limitados, como el derecho a la comunicación y a la intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud." (Enfasis no original)[22].

El régimen de libertades y derechos de los internos depende de las excepcionales circunstancias que se viven alrededor de su reclusión en cárceles y penitenciarías, y responde al cumplimiento de ciertas medidas de seguridad. "Sería insólito e impropio que al detenido se le concediera el mismo margen de libertad de que se goza en la vida normal"[23], pues la sola privación de la libertad corporal lleva implícita la restricción de muchas otras. La razón que sustenta esta afirmación radica en el hecho de tratarse de una circunstancia especial que amerita un trato igualmente especial; es razonable que el margen de libertad que se le reconoce a las personas al interior de un centro carcelario, sea proporcionado a las exigencias de formación, orden y seguridad inherentes a la institución.

Las finalidades que el Estado pretende alcanzar al asumir la función de dirigir y regular el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y las medidas de seguridad, guardan necesaria relación con la readaptación del individuo mediante la consagración de programas de educación y trabajo que lo preparen para contribuir en forma productiva a la comunidad al recuperar su libertad; con la protección de los legítimos intereses de la sociedad, pues a través del derecho y sus normas se encuentran las herramientas adecuadas para reprimir la delincuencia y controlar los ataques contra las garantías y valores ciudadanos; y con la efectividad de las penas impuestas, porque se establece un conjunto de medidas que buscan prevenir circunstancias que afecten la eficacia de las sanciones.

De estas premisas surge la justificación para desarrollar todo un cuidadoso sistema que pretende respetar los valores propios de la dignidad humana reconocidos a todos los reclusos, estableciendo garantías que hagan de la experiencia en las cárceles una etapa constructiva y regeneradora del individuo, pero al mismo tiempo, consagrando restricciones que permitan supervisar las conductas para asegurar el acatamiento de la ley, la aplicación justa de las condenas y la integridad de las instituciones y sujetos del sistema carcelario.

La norma acusada es un claro ejemplo de esa relación entre garantía y restricción que existe en el régimen aplicado a los internos en centros de reclusión. Es una disposición que reconoce a los reclusos como regla general, la libertad de información, pero inmediatamente establece una restricción que permite concebir ciertas limitaciones al recién otorgado derecho.

Es competencia de la Corte entrar a determinar si la restricción contenida en el artículo parcialmente demandado, viola el núcleo esencial de alguno de los derechos constitucionales reconocidos a los internos.

En primer lugar hay que decir que no se está en frente de un precepto arbitrariamente establecido, ni de vigencia ordinaria, porque su aplicación se origina en las graves circunstancias que amenazan el orden interno de la institución. Su empleo no puede ser injustificado por cuanto siempre debe existir una motivación que aconseje la limitación del derecho a la información. Es además, un recurso temporal pues, desaparecidos los hechos que alteraron el orden del plantel, deberán restablecerse las libertades que de manera preventiva se suspendieron. Así entendida, se trata de una norma constitucional.

b. Un problema diferente plantea la regulación contenida en el parágrafo demandado del mismo artículo. No existe justificación constitucional que permita la limitación de los derechos

---

[22] Sentencia T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

[23] Sentencia C-394 de 1995.

de los internos más allá de las exigencias relacionadas con la finalidad perseguida por la pena impuesta, y que velan por la resocialización de los reclusos, el mantenimiento del orden, el cumplimiento de la disciplina que permita la convivencia al interior de los penales, y la prevención de situaciones que pongan en peligro la eficacia de la función del sistema carcelario.

Por eso resulta extraño que la ley pretenda limitar actividades que dependen de la libre opción de cada individuo, es decir, del ejercicio de sus gustos y aficiones, y de las cuales no se deriva perjuicio o atentado contra los derechos ajenos. Como ya ha tenido oportunidad de sostenerlo la Corte: el establecimiento de un régimen disciplinario que busque el orden en los recintos carcelarios, "no implica que el recluso no pueda poseer material pornográfico -o de cualquier otro tipo-, porque cada persona es libre de escoger sus lecturas y pasatiempos mientras no afecte los derechos de los demás"[24]. (Enfasis no original).

Ahora bien: junto al reconocimiento que hace esta Corporación de la libertad que los internos tienen para poseer material pornográfico, hay que advertir que el ingreso o circulación de este tipo de documentos debe cumplir con los requisitos legal y reglamentariamente exigidos para el ingreso y circulación de cualquier otro tipo de material cuya tenencia sea permitida. Con esta aclaración se busca prevenir el surgimiento de mecanismos clandestinos de comercialización de este tipo de material y reiterar la prohibición legal aplicada a los guardianes de las instituciones carcelarias en el sentido de actuar como divulgadores de pornografía[25], y en general, como comercializadores de cualquier tipo de sustancia lícita o ilegal. Las razones que asisten a la Corte para hacer este pronunciamiento son elementales: de un lado, es contrario a la naturaleza de estos funcionarios públicos servir de intermediarios entre el mundo exterior y el centro de reclusión para la provisión de bienes de cualquier naturaleza, y por otra parte, todas las instituciones carcelarias deben establecer con claridad la forma de ingresar bienes y prestar servicios permitidos por la ley y los reglamentos.

El parágrafo del artículo 110 de la Ley 65 de 1993 será declarado inexequible por las razones expresadas y con las aclaraciones hechas, pues viola reglas constitucionales que garantizan la libertad de información, de expresión y el libre desarrollo de la personalidad.

8. Reglamento disciplinario para internos

8.1. Normas acusadas:

Artículo 121. Clasificación de las faltas. Las faltas se clasificarán en leves y graves.

Son faltas leves:

1. Retardo en obedecer la orden recibida.

2. Descuido en el aseo personal, del establecimiento, de la celda o taller.

3. Negligencia en el trabajo, en el estudio o la enseñanza.

4. Violación del silencio nocturno. Perturbación de la armonía y del ambiente con gritos o volumen alto de aparatos o instrumentos de sonido, sin autorización.

5. Abandono del puesto durante el día.

6. Faltar al respeto a sus compañeros o ridiculizarlos.

7. Descansar en la cama durante el día sin motivo justificado.

---

[24] Sentencia C-394 de 1995, sobre el asunto de la pornografía debe recordarse la prohibición establecida en este fallo a los servidores públicos -guardianes- como divulgadores del material pornográfico.

[25] Sobre esta específica prohibición se refirió la Corte en la ya citada sentencia C-394 de 1995.

8. Causar daño por negligencia o descuido al vestuario, a los objetos de uso personal, a los materiales o a los bienes muebles entregados para su trabajo, estudio o enseñanza.

9. Violar las disposiciones relativas al trámite de la correspondencia y al régimen de las visitas.

10. Eludir el lavado de las prendas de uso personal, cuando reglamentariamente le corresponde hacerlo.

11. Emitir expresiones públicas o adoptar modales o actitudes contra el buen nombre de la justicia o de la institución, sin perjuicio del derecho a elevar solicitudes respetuosas.

12. No asistir o fingir enfermedad para no intervenir en los actos colectivos o solemnes programados por la dirección.

13. Cometer actos contrarios al debido respeto de la dignidad de los compañeros o de las autoridades.

14. Irrespetar o desobedecer las órdenes de las autoridades penitenciarias y carcelarias.

15. Incumplir los deberes establecidos en el reglamento interno.

16. Faltar sin excusa al trabajo, al estudio o a la enseñanza.

17. Demorar sin causa justificada la entrega de bienes o herramientas confiadas a su cuidado.

Son faltas graves las siguientes:

1. Tenencia de objetos prohibidos como armas; posesión; consumo o comercialización de sustancias alucinógenas o que produzcan dependencia física psíquica o de bebidas embriagantes.

2. La celebración de contratos de obra que deben ejecutarse dentro del centro de reclusión sin autorización del Director.

3. Ejecución de trabajos clandestinos.

4. Dañar los alimentos destinados al consumo del establecimiento.

5. Negligencia habitual en el trabajo o en el estudio o en la enseñanza.

6. Conducta obscena.

7. Dañar o manchar las puertas, muros del establecimiento o pintar en ellas inscripciones o dibujos no autorizados.

8. Romper los avisos o reglamentos fijados en cualquier sitio del establecimiento por razón de autoridad.

9. Apostar dinero en juegos de suerte o azar.

10. Abandonar durante la noche el lecho o puesto asignado.

11. Asumir actitudes irrespetuosas en las funciones del culto.

12. Hurtar, ocultar o sustraer objetos de propiedad o de uso de la institución, de los internos o del personal de la misma.

13. Intentar facilitar o consumar la fuga.

14. Protestas colectivas.

15. Comunicaciones o correspondencia clandestina con otros condenados o detenidos y con extraños.

16. Agredir, amenazar o asumir actitud irrespetuosa contra los funcionarios de la institución, funcionarios judiciales, administrativos, los visitantes y los compañeros.

17. Incitar a los compañeros para que cometan desordenes u otras faltas graves o leves.

18. Apagar el alumbrado del establecimiento o de las partes comunes durante la noche, sin el debido permiso.

19. Propiciar tumultos, motines, lanzar gritos sediciosos para incitar a los compañeros a la rebelión. Oponer resistencia para someterse a las sanciones impuestas.

20. Uso de dinero contra la prohibición establecida en el reglamento.

21. Entregar u ofrecer dinero para obtener provecho ilícito; organizar expendios clandestinos o prohibidos.

22. Hacer uso, dañar con dolo o disponer abusivamente de los bienes de la institución.

23. Falsificar documento público o privado, que pueda servir de prueba o consignar en él una falsedad.

24. Asumir conductas dirigidas a menoscabar la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión.

25. Entrar, permanecer o circular en áreas de acceso prohibido, o no contar con la autorización para ello en lugares cuyo acceso esté restringido.

26. Hacer proselitismo político.

27. Lanzar consignas o lemas subversivos.

28. Incumplir las sanciones impuestas.

29. El incumplimiento grave al régimen interno y a las medidas de seguridad de los centros de reclusión.

Se subraya lo demandado.

8.2. Argumentos de la demanda

Se acusa también apartes del artículo 121, de la ley 65 del 93 por establecer un régimen disciplinario para los internos que no tiene en cuenta principios y garantías constitucionales mínimas, "pues el recluido en centros carcelarios, sea sindicado o condenado, no debería perder más derechos que el de su propia libertad, junto a sus restricciones propias, para mantener un orden social justo en un modelo de democracia" En opinión del demandante, "este código en lugar de reglamentar la ejecución de las penas descritas en la ley penal se ha dedicado a materias que no le corresponden por lo que se incurrió en su trámite en violación del principio de unidad de materia -art. 158 C.P.

8.3. Intervenciones

Demanda el actor la inexequibilidad del artículo 12I, de la Ley 65 de 1993, por violar los artículos 1, 2, 5, 6, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 25, 28, 29, 34, 52, 58, 70, 93 y 95 de la Constitución Política. "Esta acusación no debe ser atendida por la Honorable Corte Constitucional, pues, no debe olvidarse, que aun en los monasterios, en los conventos, en los Colegios, Universidades, entidades públicas debe existir un mínimo de orden, el cual se logra a través de las normas de tipo disciplinario, que permitan a los miembros de esas instituciones un desarrollo armónico de las actividades que en ellas se desarrollan", todo esto, para hacer efectivo, no ilusorio, un tratamiento encaminado a la readaptación del infractor, para que la pena cumpla su cometido y el esfuerzo hecho por los funcionarios judiciales.

8.4. Concepto del Ministerio Público

Señala el Procurador que en lo que respecta a los motivos que señala el demandante para pedir la inexequibilidad del artículo 121 del estatuto que se revisa, se advierte que "al revisar los comportamientos que el legislador ha previsto o tipificado como faltas (graves y leves), aparece que estas previsiones se ajustan al ordenamiento constitucional, porque desarrollan el principio de legalidad, al definir las conductas reprochables de manera general, señalando en los respectivos artículos las sanciones a imponer" Ahora bien, "la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, es asunto que le corresponde decidir al juzgador en cada caso.

8.5. Consideraciones de la Corte

a. Esboza el actor una acusación general alrededor del régimen disciplinario aplicable a los internos por considerarlo violatorio de ciertas garantías constitucionales. Afirma concretamente que las personas recluidas en centros penitenciarios no deberían perder más derechos que el de su libertad. Cualquier otra privación infringe la Ley Fundamental.

Estas afirmaciones confunden dos circunstancias nítidamente identificables. Una cosa son los efectos jurídicos de la comisión de un delito y que la ley penal puede hacer consistir en la privación de la libertad del infractor, y otro evento distinto son las sanciones disciplinarias resultantes de la violación del reglamento interno de una institución carcelaria.

Si bien se trata de reproches que pueden concurrir en cabeza de una misma persona, su origen y naturaleza corresponde a situaciones distintas. Cuando se habla de responsabilidad penal, en general se hace referencia a la obligación de sufrir una pena a causa de un delito; luego se es penalmente responsable cuando todas las condiciones materiales y volitivas previstas por la ley como esenciales a un delito se encuentran existentes en el hecho imputado. Surge entonces, un juicio que adelanta el Estado en representación de la sociedad y que puede culminar con la privación de la libertad del delincuente. Ahora, internado el condenado en un centro de reclusión, tendrá que cumplir con las reglas impuestas para conseguir el orden, seguridad, tranquilidad y convivencia que debe existir en estas instituciones. Las violaciones a estas reglas lo hacen acreedor a sanciones disciplinarias que pretenden corregir su comportamiento y advertirlo sobre los principios de obediencia, colaboración y buen trato que debe observar en el futuro.

Los motivos que asisten al legislador para expedir un régimen disciplinario aplicable a los internos en establecimientos penitenciarios y carcelarios no son otros que los de permitir el cumplimiento de la finalidad buscada por la pena impuesta en un ambiente de respeto y consideración por el otro, sea condenado o sea guardián. "El orden penitenciario se enmarca dentro del criterio de la resocialización, y para ello es necesaria, la disciplina, entendida como la orientación reglada hacia un fin racional, a través de medios que garanticen la realización ética de la persona. La disciplina, pues, no es fin en sí mismo, sino una vía necesaria para la convivencia humana elevada a los más altos grados de civilización. Ella no anula la libertad, sino que la encauza hacia la perfectibilidad racional. Se trata entonces, de un proceso de formación del carácter, que tiende a la expresión humanista y humanitaria en sentido armónico"[26].

Un régimen disciplinario así entendido no atenta contra los derechos de los internos. Puede imponer ciertas restricciones y ajustar algunos comportamientos, pero responde a las exigencias de la vida de la colectividad carcelaria y propende por el mantenimiento de un ambiente sano, higiénico, seguro y organizado.

---

[26] Sentencia C-394 de 1995

Se declararán constitucionales las normas demandadas del reglamento disciplinario para internos, en el entendido de que el pronunciamiento de la Corte se limita analizar las razones genéricas presentadas por el demandante que controvierten la constitucionalidad de ciertos preceptos. "Esta Corporación ha considerado que cuando existe un ataque general contra un cuerpo normativo pero no ataques individualizados contra todas las normas -o numerales se dirá en esta oportunidad- que la integran, la vía procedente es limitar el alcance de la cosa juzgada constitucional, en caso de que la acusación global no prospere. En tales eventos, lo procedente es declarar constitucionales las disposiciones contra las cuales no hay acusación específica pero precisando que la cosa juzgada es relativa, por cuanto sólo opera por los motivos analizados en la sentencia"[27].

En general, las conductas señaladas en el artículo como constitutivas de faltas parecen razonables y por lo tanto, las acusaciones globales presentadas contra el artículo 121 de la Ley 65 de 1993 no han de prosperar.

No obstante, la Corte debe precisar con énfasis que la valoración de las faltas debe hacerse con suma ponderación y ecuanimidad para que no haya lugar a reproches arbitrarios que se pretendan justificar tras la invocación de la ley.

Por otro lado, -y en estricta aplicación del principio de legalidad que anima la actividad judicial-, es necesario decir que una de las conductas demandadas a las que se refiere el artículo que se estudia, contenida en el numeral 7°, resulta manifiestamente contraria a la Constitución. No tiene justificación, bajo ningún punto de vista, que el descanso en la cama por parte de los internos durante el día, mientras ello no signifique el incumplimiento de uno de los deberes asignados -v.gr. estudio, trabajo, etc. pueda constituir una falta disciplinaria. Existe un ámbito de intimidad y de libertad que el legislador no puede desconocer con el pretexto de ordenar la vida en comunidad de los reclusos. Con esta precisa advertencia, este numeral se declarará inconstitucional.

Resumiendo: en el presente caso las acusaciones globales presentadas en la demanda contra el artículo 121 de la Ley 65 de 1993 no han de prosperar. La Corte Constitucional declarará exequible la norma acusada, pero advirtiendo que los alcances de su pronunciamiento cobijan únicamente las razones ventiladas en la demanda y expresamente estudiadas en el presente fallo. En lo que respecta al numeral 7° de la primera parte del artículo que define como falta leve: "Descansar en la cama durante el día sin motivo justificado" se procederá a declarar su inconstitucionalidad.

b. Existe clara conexidad entre la ley que regula el cumplimiento de medidas de aseguramiento y condenas privativas de la libertad personal decretadas por las autoridades judiciales, organizando el sistema nacional de cárceles y penitenciarías, y expidiendo un reglamento disciplinario para los internos que las ocupan; con las normas que contienen la descripción detallada de las faltas leves y graves cuya ocurrencia da origen a una sanción legal que tiene por objeto preservar el orden en la institución y la convivencia armoniosa. Por el contrario, no establecer ciertas pautas, más o menos severas, de comportamiento pondría en peligro la función de la pena y su finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano, solidario y cooperativo[28].

---

[27] Sentencia C-318 de 1995.

[28] Todos estos valores y propósitos fueron condensados tanto en el proyecto de ley como en el texto definitivo de la Ley 65 de 1993 –artículo 10- en el entendido de que se trata de un esfuerzo institucional para regular coherentemente el fenómeno total del *tratamiento* penitenciario.

9. Del Comiso

9.1. Norma acusada:

Artículo 122.Comiso. Las bebidas embriagantes, las sustancias prohibidas, armas, explosivas, los objetos propios para juegos de azar o en general, cualquier material prohibido hallado en poder interno serán decomisados. Si la tenencia de dichos objetos constituye hecho punible conforme a las leyes penales, se informará inmediatamente al funcionario competente para iniciar y adelantar la correspondiente investigación a cuya disposición se pondrán tales objetos. En los demás casos les dará el destino aconsejable.

Se subraya lo demandado.

9.2. Argumento de la demanda

Para el demandante es inaceptable el mecanismo de confiscación de ciertos bienes del sindicado o condenado -artículo 122 de la Ley 65 de 1993-, pues de esta manera se atenta contra derechos reales constitucionalmente protegidos.

9.3. Intervenciones

La señora Ministra de Justicia y la Directora del Inpec presentaron un solo descargo englobando en análisis de los artículos 121, 122, 123, 126 y 127, relacionados con el régimen disciplinario de los internos y las sanciones correspondientes por su violación, al que ya se hizo referencia en el apartado 9.3.

9.4. Concepto del Ministerio Público

No se considera que lo dispuesto por el artículo 122 de la ley 65 de 1993 viole preceptos constitucionales, pues "la norma en estudio faculta a la dirección del establecimiento carcelario para dar ´destino aconsejable´ a los bienes decomisados a los internos, cuya tenencia no constituya hecho punible." Se trata de expresiones que resultan acordes con la Carta, "bajo el entendido que, tratándose de bienes de libre comercio, la dirección del establecimiento al decidir sobre el destino del material decomisado, debe ordenar lo pertinente para que sea entregado a su propietario cuando éste recobre la libertad, o transferido a las personas allegadas al interno, respetando de esta manera el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 58 de la Carta Política."

9.5. Consideraciones de la Corte

El artículo 122 de la Ley 65 de 1993, también hace parte del reglamento disciplinario para internos que consagra dicha ley, y dispone el destino que ha de tener el material prohibido, de cualquier tipo, que sea hallado en poder del interno.

En primer lugar, todo el material prohibido encontrado -v.gr. bebidas embriagantes, sustancias narcóticas, armas, explosivos, etc. será decomisado por parte de las autoridades carcelarias, que de ese modo, ejercen control sobre objetos cuya posesión contraría disposiciones que velan por la seguridad y la tranquilidad de los internos, por el mantenimiento del orden en los recintos carcelarios, y por la prevención de hechos ilícitos y daños contra la integridad de las personas y objetos en los centros de reclusión. Surge nuevamente como razón para la limitación de ciertos derechos, la necesidad de garantizar el cumplimiento de la disciplina que haga posible la vida en común en estas instituciones y que permita que las penas impuestas cumplan con su función protectora y preventiva y su fin fundamental -ya reiterado- de la resocialización del interno.

Ahora, si la posesión del material decomisado constituye hecho punible conforme a las leyes penales, es deber de las autoridades carcelarias informar inmediatamente al funcionario

competente para iniciar y adelantar la correspondiente investigación. En estos eventos, el material incautado debe ponerse a disposición de los investigadores.

Cuando la tenencia del material prohibido que se decomisa no constituye delito, corresponde a la dirección del establecimiento darle el destino aconsejable. La destinación que permite la ley para estos bienes no puede desconocer los derechos válidamente adquiridos de sus propietarios o poseedores. El decomiso al que se refiere la ley no es ni una expropiación, ni una forma de confiscación -excluida de nuestro ordenamiento jurídico-, pues no representa el absoluto despojo de la propiedad por acto del Estado que se impone a título de pena y sin compensación alguna[29].

En ese orden de ideas, corresponde a la autoridad que destina los bienes decomisados velar por la conservación de los mismos teniendo en cuenta, claro está, si se trata de bienes fungibles o no, perecederos o no, todo con el objeto de determinar la destinación de las cosas, bien sea para su uso, consumo o depósito.

Debe quedar claro entonces, que la norma por el hecho de constituir una sanción disciplinaria, no puede convertirse en un mecanismo que viole arbitrariamente los derechos de propiedad o posesión de los internos, siendo claro que cuando la naturaleza de los bienes lo permita, estos deben ser devueltos a los reclusos tan pronto recuperen su libertad.

10. De las sanciones

10.1. Normas acusadas

Artículo 123-Sanciones. Las faltas leves tendrán las siguientes sanciones:

1. Amonestación con anotación en su prontuario, si es un detenido o en su cartilla biográfica si es un condenado.

2. Privación del derecho a participar en actividades de recreación hasta por 8 días.

3. Suspensión hasta de 5 visitas sucesivas.

4. Suspensión parcial o total de alguno de los estímulos, por tiempo determinado.

Para las faltas graves las sanciones serán las siguientes:

1. Pérdida del derecho de redención de la pena hasta por 60 días.

2. Suspensión hasta de 10 visitas sucesivas.

3. Aislamiento en celda hasta por 60 días. En este caso tendrá derecho a 2 horas de sol diarias y no podrá recibir visitas; será controlado el aislamiento por el médico del establecimiento.

Parágrafo. El recluso que enferme mientras se encuentre en aislamiento debe ser conducido a la enfermería, pero una vez curado debe seguir cumpliendo la sanción, oído el concepto del médico.

Artículo 126. Aislamiento. El aislamiento como medida preventiva se podrá imponer en los centros de reclusión en los siguientes casos:

1. Por razones sanitarias.

2. Cuando se requiera para mantener la seguridad interna.

3. Como sanción disciplinaria.

---

[29] Sobre la diferenciación entre las figuras de extinción del dominio, confiscación y comiso pueden consultarse las sentencias C-066 y C-216 del 93.

4. A solicitud del recluso previa autorización del Director del establecimiento.

Se subraya lo demandado.

10.2. Argumento de la demanda

Señala el actor que la Ley 65 de 1993, consagra artículos, como el demandado que constituyen una violación de derechos fundamentales al establecer sanciones inhumanas e indignas, -v.gr. el aislamiento-.

10.3. Intervenciones y Concepto del Ministerio Público

Sobre esta materia, los respectivos funcionarios defienden la constitucionalidad de la norma a través de la presentación de un argumento genérico sobre el régimen disciplinario de los internos que quedó consignado en el presente fallo en apartados anteriores.

10.4. Consideraciones de la Corte

a. Las sanciones entendidas como reproches, se conciben como la consecuencia o efecto que le sigue a la realización del acto que una norma prohíbe. En el caso de las sanciones jurídicas, la conducta prohibida hará parte de una regla de derecho. Sin embargo, la función de las sanciones no se agota en el cumplimiento de una conexión lógica. Son herramientas dotadas de un poder que supera el papel del simple mecanismo de técnica jurídica. Las sanciones buscan disuadir, influir en la conducta encauzándola hacia el respeto por la ley y los derechos de los demás, también pueden corregir el comportamiento de quienes han infringido normas de convivencia de una comunidad.

La intensidad de las sanciones impuestas está directamente relacionada con la naturaleza del acto que las provoca. Corresponde al legislador sopesar adecuadamente la relación entre las conductas prohibidas y las sanciones a imponer, pues la diversidad de la conducta humana exige igualmente que el reproche que haga el derecho sea proporcionado -como en efecto se hace en el numeral 4° del artículo 123-. En todo caso, siempre se debe tener respeto por ciertos principios mínimos que constituyen ineludiblemente el marco hermenéutico para la interpretación y aplicación de las disposiciones penales de cualquier naturaleza[30]. Así, el principio de legalidad, el reconocimiento del derecho de igualdad, el respeto a la dignidad humana, el debido proceso, son valores fundantes de la facultad estatal para imponer sanciones y en todos los casos deben ser garantizados y promovidos.

Las sanciones contenidas en los artículos parcialmente demandados de la Ley 65 de 1993 en ningún caso podrán aplicarse a conducta alguna que no esté previamente enunciada en esta ley o en los reglamentos. Tampoco recluso alguno podrá ser sancionado dos veces por el mismo hecho[31].

En cuanto a las modalidades que admite la sanción que se aplica, debe recordarse que: (a) guardan concordancia con los fines preventivos a los que ya se hizo referencia, (b) la ley dispone con claridad el tipo de sanción que corresponde a cada clase de falta que describe el régimen disciplinario (artículo 121), (c) la duración de las sanciones jamás es indeterminada, (d) su criterio de aplicación nunca es arbitrario, pues la calificación de la infracción disciplinaria debe tener en cuenta las circunstancias que la agraven o la atenúen, las relativas a la modalidad del

---

[30] Cfr. por ejemplo, el Titulo I de la Ley 65 de 1993, que señala el contenido y los principios rectores del Código Penitenciario y Carcelario.

[31] El artículo 117 de la Ley 65 de 1993 se refiere expresamente al principio de legalidad de las sanciones.

hecho, el daño producido, el grado del estado anímico del interno, su buena conducta anterior en el establecimiento y su respeto por el orden y disciplina dentro del mismo[32].

b. En relación concreta con el aislamiento hay que decir que se trata de una medida preventiva que se puede imponer en muchos casos y que busca proteger bienes jurídicos fundamentales dentro de un centro de reclusión, como la salud, la seguridad interna, la disciplina y hasta la propia integridad física y mental cuando el propio recluso solicita su aplicación. En cumplimiento de su facultad sancionadora, las autoridades carcelarias deben respetar ciertas limitaciones, a las que la Corte ya ha hecho referencia:

"La autoridad penitenciaria y carcelaria no puede, en ningún caso, efectuar conductas que sean lesivas de aquellos derechos constitucionales que las personas recluidas conservan en forma plena. Así, por ejemplo, la dignidad de los presos debe ser respetada y no se les pueden aplicar torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. De otro lado, cuando sea necesario limitar un derecho, la autoridad penitenciaria o carcelaria tiene la obligación de tomar medidas proporcionales al fin perseguido, el cual obviamente tiene que ser constitucionalmente legítimo[33]".

Se reitera entonces: la aplicación de cualquier clase de sanción no puede ser arbitraria, ni desconsiderar garantías mínimas protegidas por la Constitución. Estas premisas deben verificarse con mayor rigor en el caso de una sanción tan intensa como el aislamiento, quedando claro que con su utilización "no hay violación de los derechos fundamentales de los reclusos, por cuanto si llegara a existir posibilidad de lesión, el médico del establecimiento constatará tal inminencia y obviamente no aplica la sanción[34]". Por eso es menester revisar detenidamente las condiciones en las que se cumple la citada medida y advertir que no obstante constituir una sanción disciplinaria válida, al emplearse también deben respetarse los derechos de los internos. Por eso, considera la Corte que resulta ostensiblemente inconstitucional la forma como el artículo 123 de la Ley 65 de 1993 regula la aplicación del aislamiento sancionatorio permitiendo solamente "dos horas de sol diarias" a los reclusos sometidos a esta consecuencia disciplinaria.

Es necesario repetir: la especial condición en la que se encuentran las personas recluidas en cárceles y penitenciarías, y la existencia de un preciso régimen de disciplina que pretenda regular la convivencia de los internos, no puede convertirse, en ningún caso, en justificación para desconocer derechos fundamentales que guardan estrecha relación con la vida y la dignidad de las personas y que son plenamente reconocidos a detenidos y condenados. Por estas razones y cumpliendo además el ya aludido principio de economía procesal, la Corte declarará inexequible la expresión "tendrá derecho o dos horas de sol diario y" contenida en el numeral 3 de la segunda parte del artículo 126 de la Ley 65 de 1993.

11. Calificación de las faltas

11.1. Norma acusada

Artículo 127.Calificación de faltas. En la calificación de la infracción disciplinaria deben tenerse en cuenta las circunstancias que la agraven o atenúen, las relativas a la modalidad del hecho, el daño producido, al grado del estado anímico del interno, a su buena conducta anterior

[32] Cfr. artículo 127, Ley 65 de 1993

[33] Sentencia C-318 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

[34] Sentencia C-394 de 1995.

en el establecimiento, a su respeto por el orden, y disciplina dentro del mismo y situaciones análogas.

Se subraya lo demandado.

11.2. Argumento de la demanda

Nos remitimos a los argumentos generales tratados con ocasión del régimen disciplinario de los internos. El actor involucra el artículo 127 aquí citado dentro la acusación general ya presentada.

11.3. Concepto del Ministerio Público

En cuanto a la demanda parcial del artículo 127 señala que "la disposición no contraría el ordenamiento superior, toda vez que le esta dando fundamentos al juzgador para que dentro de un margen de discrecionalidad, racionalidad y razonabilidad pueda determinar la naturaleza de la falta , y si se demuestra su existencia , proceda a dosificar la sanción a imponer." Ahora, "la finalidad del tratamiento penitenciario es la de alcanzar la resocialización del infractor y para ello es indispensable que se establezcan principios de disciplina, cuyo desconocimiento o infracción dan lugar a la imposición de sanciones. Por tanto, son constitucionales las expresiones "agraven" y "al daño producido", contenidas en el artículo que se comenta".

Sobre la expresión "situaciones análogas", consignada en la misma disposición considera que el legislador desatendió los mandatos del artículo 29 de la Carta Política, toda vez que la calificación de las faltas no puede estar supeditada a conceptos tan amplios como los referidos en el mencionado precepto. "Los hechos y circunstancias que afectan la graduación de toda sanción, deben estar claramente señalados en la ley, para evitar que ante la ausencia de descripción normativa, las autoridades encargadas de aplicar las disposiciones puedan desconocer los derechos de las personas. Por tanto, la expresión ´situaciones análogas´ contraría el principio de legalidad de las sanciones, contenido en el artículo 29 de la Carta Política.

11.4. Consideraciones de la Corte

Uno de los principios que alimentan la filosofía que sostiene la democracia liberal es el del control del poder y del Estado a través del derecho. La ley implica una limitación de la libertad, pero con su promulgación, ella se convierte paradójicamente, en promotora de la libertad, y esto es posible, en la medida en que se transforma en un contrapeso que contiene los desbordamientos del poder.

El principio de legalidad es fundamental dentro del ordenamiento social, vital para la aplicación y obediencia del derecho. Por ejemplo, es a la ley a la que se le encomienda el establecimiento de los delitos y las penas, de las faltas y sus sanciones. Antes que confiar en el arbitrio o voluntad de un juez para la calificación de la conducta humana, la comunidad políticamente organizada prefiere conferir competencia a los legisladores, para que como sus representantes, se encarguen de organizar el régimen penal y disciplinario vigente en la colectividad.

La actividad del Estado junto a la expresión de sus deseos, y en consecuencia, la obediencia y acatamiento de los ciudadanos a estos, no puede hacerse sino a través de normas que a manera de caminos orientan el obrar del poder.

Algunas de los artículos que se acusan en este proceso, son un claro ejemplo de esta característica del derecho, que en el caso del ordenamiento penal adquiere connotaciones aún más elevadas. Principios elementales de justicia y equidad exigen que la ley defina con claridad los actos que violan los derechos de otros y de la sociedad, o vulneran la finalidad de ciertas instituciones que se crean

con el propósito de contribuir al bienestar general. A esta misma ley se le pide que además de las faltas especifique las sanciones o consecuencias de su realización; se logra así, conocer con certeza los efectos del obrar y se puede decidir si se asumen los riesgos de cada acción. Pero además se espera de la ley que con ese mismo detalle y precisión, defina los criterios de apreciación de la conducta para poder realizar el juicio de valor y aplicar la sanción adecuada.

Así, el artículo 127 de la ley que se estudia no hace nada distinto que señalar ciertos principios rectores en la calificación de una infracción o falta disciplinaria. Con ello se hace clara aplicación de las directrices que sobre la materia tienen plena vigencia en el procedimiento penal y han sido elevadas a rango constitucional como parte integral del debido proceso garantizado en el artículo 29 de la Carta Fundamental. Piénsese en la importancia de valorar las circunstancias que agravan o atenúan una infracción, las modalidades del hecho, el estado anímico del interno que lo comete, o su conducta anterior en el establecimiento, para determinar justamente el tipo de infracción cometida y la sanción que corresponde aplicar. Con el establecimiento de estos precisos criterios se busca otorgar al funcionario respectivo de los elementos de juicio suficientes que lo libren de una valoración subjetiva de los acontecimientos y prevengan que este tipo de decisiones dependan del arbitrio o capricho de quien ejerce el poder.

Por eso resulta extraña la inclusión de una fórmula que de manera imprecisa establece un criterio de apreciación que abre la posibilidad al análisis caprichoso, infundado y difuso del comportamiento de los internos. La apreciación analógica de las circunstancias a la que se refiere la norma para efectos de la calificación de la falta es un recurso que rompe con el principio de legalidad referido y que además de atentar contra la seguridad jurídica, tan deseada en estos campos del derecho, puede ser el origen de desigualdades, tratos discriminatorios y decisiones injustificadas.

La Corte acepta la petición y comparte el argumento del señor Procurador en el sentido de declarar la inexequibilidad de la expresión "situaciones análogas" contenidas en el mismo artículo 127. El delicado proceso de valoración de las faltas para efectos de su calificación, no puede confiarse a la apreciación de situaciones análogas a las claramente establecidas en el artículo. Permitirlo, se repite, es abrir, sin ninguna duda, espacio para la arbitrariedad, la apreciación subjetiva, el capricho del funcionario de turno, o a la intriga y la presión; y fragmentaría penosamente importantes principios del procedimiento penal -e.j. la legalidad, la dosimetría de la sanción, etc.

12. De los recursos procesales

12.1. Norma acusada:

Artículo 135.Notificación. Asumida la competencia por el director o el Consejo de Disciplina según el caso, se decidirá la sanción aplicable en un término máximo de tres días, vencidos los cuales se notificará al sancionado o, en caso que no se haga acreedor a sanción, se le comunicará igualmente su archivo.

La decisión admite el recurso de reposición por parte del sancionado, debidamente sustentado, interpuesto en el término de tres días, el cual se resolverá dentro de los dos días siguientes.

La sanción se hará efectiva cuando el acto administrativo se encuentre debidamente ejecutoriado.

Se subraya lo demandado.

12.2. Argumentos de la demanda

"El inciso 2 del artículo 135 del Código Penitenciario merece declaratoria de inexequibilidad toda vez que para los actos administrativos se está permitiendo sólo el recurso de reposición, con lo cual se infringe el artículo 31 de la Carta Magna. Tratar un acto administrativo como si fuera única instancia es violatorio del debido proceso, aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

12.3. Intervenciones

Sobre el inciso 2° del artículo 135 de la Ley 65 de 1993, dicen los intervinientes que no viola la Constitución al conceder sólo el recurso de reposición contra el acto administrativo que impone sanciones disciplinarias. Estos actos no sólo tienen la posibilidad de ser recurridos en reposición, "sino que también pueden ser objeto de revisión por parte de la Dirección General del Inpec" manteniéndose a salvo los derechos de los internos.

12.4. Concepto del Ministerio Público

La imposibilidad de interponer recurso diferente al de reposición contra los actos administrativos de que habla el artículo 135 de la ley 65/93, no viola la Constitución puesto que con ello no se consagra nada distinto a una excepción al principio de doble instancia previsto en el artículo 31 de la Constitución, excepción que por vía de ley -como en el presente caso- la misma Carta autoriza.

12.5. Consideraciones de la Corte

La función de definir las instancias procesales en las distintas materias corresponde al legislador (arts. 31 y 150 numeral 2° C.P.).

Son variados los ejemplos de procesos en los que al juzgarse la conducta de ciertos funcionarios o ciudadanos, la ley ha consagrado una sola instancia, sin que pueda deducirse por ello violación del derecho al debido proceso o a la defensa. Sobre el particular la Corte ha señalado:

"Al efectuar el análisis de constitucionalidad solicitado, esta Corte ha de reiterar que el principio de doble instancia, con todo y ser uno de los principales dentro del conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, no tienen un carácter absoluto, como resulta del precepto constitucional que lo consagra (art. 31 C.P.) a cuyo tenor "toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley." (subraya la Corte)[35]

Luego está autorizado el legislador para indicar en qué casos no hay recursos de segunda instancia en cualquier tipo de proceso, "sin perjuicio de los recursos extraordinarios que, como el de revisión, también él puede consagrar, y sobre la base de que, para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales afectados por vías de hecho, quepa extraordinariamente, la acción de tutela, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte a partir de la Sentencia C-543 de 1992"[36].

Existe una razón adicional por la que los procesos de única instancia, no implican una situación desfavorable procesalmente. Ello ocurre cuando la persona es procesada ante la instancia superior de una jurisdicción, que para el caso de los procesos penitenciarios por faltas leves es representada por el director de establecimiento, y en los procesos por faltas graves por el Consejo de disciplina[37]. En tales eventos (y así lo establece el Código penitenciario), el

---

[35] Sentencia C-411 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[36] Ibidem

[37] Cfr. artículo 133 de la Ley 65 de 1993, que establece los funcionarios competentes para imponer sanciones.

investigado goza de la garantía de ser juzgado por el más alto funcionario que dentro de jurisdicción competente puede conocer de su caso[38].

Es menester recalcar que el debido proceso es una garantía que no se agota o se identifica exclusivamente con las formas o los ritos. Detrás de los elementos de técnica jurídica hay una justificación material que busca otorgar adecuados mecanismos de conocimiento y defensa a quienes intervienen en un proceso.

El proceso disciplinario establecido en el Código Penitenciario, busca consagrar claramente el camino a seguir en caso de cometer una falla que viole el régimen de comportamiento establecido para los internos. Se trata de una metodología que se aplica sin distinciones, a la totalidad de la población carcelaria preservando así el principio de igualdad propio de las investigaciones disciplinarias y estableciendo una serie de garantías que no se agotan en el texto del artículo 135 demandado, pues consagra otros principios relacionados con la debida investigación de los hechos, la fundamentación de las sanciones y la posibilidad de revocar o suspender provisionalmente los castigos impuestos que tienen como único propósito proteger a los internos y asegurarles un proceso justo y legal[39].

13. Reincidentes

13.1. Norma acusada:

Artículo 137.Suspensión condicional. Tanto el director como el consejo de disciplina pueden suspender condicionalmente, por justificados motivos, en todo o en parte, las sanciones que se hayan impuesto, siempre que se trate de internos que no sean reincidentes disciplinarios.

Si dentro de tres meses, contados a partir del día que se cumpla la sanción, el interno comete una nueva infracción se aplicará la sanción suspendida junto a la que merezca por la nueva falta.

Se subraya lo demandado.

13.2. Argumento de la demanda

Según el actor el artículo 137 de la ley acusada establece una excepción para suspender en forma condicional cualquier sanción impuesta a un interno, esto es, "siempre que no se trate de internos que no sean reincidentes disciplinarios" "En esta norma, como sucede también en el parágrafo del artículo 139 y en el ordinal 5° del artículo 147; se esta sosteniendo un rezago del peligrosismo y se resquebraja el derecho a la igualdad".

13.3 Intervenciones

La suspensión condicional a la que hace referencia el artículo 137 del Código Penitenciario, es una medida excepcional y no general, de donde se deduce que la sanción disciplinaria debe cumplirse en su integridad, "y que sólo en contados casos y por justa causa se puede suspender la ejecución de la misma".

13.4. Concepto del Ministerio Público

No se viola el artículo 13 de la C.P. cuando en el Código Penitenciario se establecen prerrogativas como la prevista en el artículo 137 de la ley 65 de 1993, en beneficio de las personas que carecen de antecedentes penitenciarios. "Se justifica lo anterior, porque los internos beneficiados con la norma se encuentran en una situación diferente de aquellos que son reincidentes".

---

[38] Al respecto puede consultarse la sentencia C-102 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[39] Artículos 133, 134, 135, 136, 137 y 138 de la Ley 65 de 1993.

13.5. Consideraciones de la Corte

Ya se ha visto cómo uno de los elementos de apreciación para la calificación de las faltas es la revisión de la buena conducta anterior, del interno que se juzga, en el establecimiento. Con ello se busca adoptar una decisión que sea proporcional con la conducta y el comportamiento demostrado por cada cual. Sería injusta y abiertamente discriminatoria una norma disciplinaria que se aplicara sin tomar en consideración las específicas circunstancias objetivas y subjetivas que rodean el acto que se reprocha, y que para el caso de la reincidencia, tal como lo señala el artículo 128 de la Ley 65 de 1993, se limita al análisis del comportamiento del recluso durante los meses anteriores al momento en el que se somete a alguna de las sanciones establecidas[40].

La reincidencia es una figura jurídica de gran significado sociológico. Se sabe que una de las funciones de la pena es la de disuadir a las personas en general, de cometer un acto prohibido. Para quienes ya han sido objetos de sanción se espera que esa función disuasiva sea ejercida por la misma experiencia de la pena. El reincidente demuestra una voluntad -que la ley no supone-, de quebrantar repetidamente la ley dejando sin efecto el mensaje o propósito persuasivo del reproche jurídico.

Este indicador de la conducta humana es tomado en cuenta por el legislador en múltiples ocasiones para calificar el comportamiento de los infractores y determinar el tratamiento correccional a seguir. Por esta vía se busca desestimular conductas socialmente censurables, cuya reiteración hace que su autor no sea considerado para asumir nuevas responsabilidades o recibir beneficios.

No se trata de una forma de revivir el peligrosismo en materia penal, en buena hora superado, puesto que la valoración del comportamiento del reincidente disciplinario se basa en el análisis objetivo de su conducta, que para el caso en estudio tiene además un límite temporal de aplicación (3 o 6 meses siguientes a la imposición de una pena, ver nota 40); nada tiene que ver aquí la consideración de una supuesta inclinación natural, o disposición fisiológica para delinquir.

Tampoco se atenta contra el orden constitucional al señalar por vía legal la vigencia de la figura de la reincidencia. "Dado que la Carta Política no contiene disposición alguna sobre la reincidencia, bien puede incluirse o no esta figura jurídica en los distintos estatutos sancionatorios, sin contrariar la Ley Suprema, pues, en esa materia, la Carta no se encuentra matriculada en ningún sistema doctrinal[41]"

14. Sobre la fijación de la política criminal

14.1. Normas acusadas:

Artículo 167. Consejo Nacional de Política Penitenciaria y Carcelaria. El Consejo Nacional de Política Penitenciaria y Carcelaria estará integrado por cinco miembros: tres designados por el Ministro de Justicia y del Derecho y dos por el Director del instituto, uno experto en el ramo penitenciario y el otro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

---

[40] Artículo 128. Reincidencia. Se considera como reincidente disciplinario al recluso que habiendo estado sometido a alguna de la sanciones establecidas en esta ley, incurra dentro de los 6 meses siguientes en una de las conductas previstas como faltas leves o dentro del término de 3 meses en cualquiera de las infracciones establecidas como graves.

[41] Sentencia C-O60 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Su período será de tres años, podrán ser reelegidos y su función es de asesoría en la planeación y desarrollo de la política penitenciaria y carcelaria.

Artículo 170.-Comisión de Vigilancia y Seguimiento del Régimen Penitenciario. La comisión de vigilancia y seguimiento del régimen penitenciario creada por el Decreto número 1365 de agosto 20 de 1992, para el cumplimiento de sus funciones contará con la asesoría del Consejo Nacional de Política Penitenciaria y Carcelaria".

Se subraya lo demandado.

14.2. Argumento de la demanda

Las funciones que se establecen para el Consejo de Política Penitenciaria y Carcelaria que consagran los artículos 167 y 170 de la ley que se acusa, constituyen verdaderas actividades de política criminal y, como tales, su determinación no es competencia del Congreso sino del Presidente de la República, según el artículo 189 de la Constitución.

14.3. Intervenciones

Las intervinientes solicitan a la Corte no acceder a la petición de inexequibilidad de los artículos 167 y 170 de la Ley 65 de 1993 "pues el Consejo de Política Penitenciaria y Carcelaria, no tiene la función de formular la política criminal como equivocadamente lo cree el libelista , sino de asesorar en materia de planeación y desarrollo, la política penitenciaria y carcelaria que adopte el Gobierno Nacional".

14.4. Concepto del Ministerio Público

Respecto a los artículos 167 y 170 del Código Penitenciario y Carcelario, dice el Procurador que de las funciones otorgadas tanto al Consejo Nacional de Política Penitenciaria y Carcelaria, como a la Comisión de Vigilancia y Seguimiento del Régimen Penitenciario, se infiere que se trata de organismos creados para colaborar con el Gobierno Nacional en la tarea de señalar la política a seguir en cuanto a la administración de los centros penitenciarios. Son disposiciones que desarrollan el mandato contenido en el artículo 113 de la Constitución, según el cual los órganos del Estado colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Los preceptos concuerdan con la Constitución.

14.5. Consideraciones de la Corte

En principio, la formulación de la política criminal dentro del Estado es asunto que compete al Legislador. Pero para el cumplimiento de esta función puede contar con la colaboración de las demás ramas y órganos del poder público, incluso de otros organismos autónomos e independientes que contribuyan al cumplimiento de las políticas estatales. (art. 113 C.P.)[42]

Bien es cierto que los diferentes órganos y entidades del Estado tienen funciones separadas celosamente demarcadas por la ley, pero en el cumplimiento de los fines señalados por la Constitución y el mismo ordenamiento legal, nada impide que distintos cuerpos y funcionarios de diferentes grados jerárquicos se complementen armónicamente en la consecución de ciertas metas estatales y en el desarrollo de programas de beneficio para la comunidad. El caso al que se refieren las normas parcialmente acusadas, es una muestra clara de la utilidad que se desprende de estos sistemas de colaboración administrativos y de la necesidad de emplearlos para lograr la eficiente prestación de servicios y el adecuado cumplimiento de las obligaciones del Estado.

---

[42] Al respecto se puede consultar la sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

No es pues, contrario a la Constitución que la labor de formulación de la política criminal y carcelaria, en la que necesariamente debe tener injerencia el Presidente de la República, sea asesorada, planeada y desarrollada concurrentemente por distintos estamentos, como el Consejo Nacional de Política Penitenciaria y Carcelaria, conocedores de la problemática del sector y cercanos a su manejo y tratamiento. De esta forma, precisamente se pueden poner en práctica con eficiencia y celeridad las políticas y estrategias decididas por la cabeza de la rama ejecutiva, en lo que a ella corresponde, para la preparación y elaboración de proyectos de ley en materia criminal y para la ejecución de las grandes políticas trazadas por el legislador.

IV.DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLES los apartes demandados de los artículos 20, 31, 46, 85, 94,137, 165 y 170 de la Ley 65 de 1993.

Segundo. Declarar EXEQUIBLES los artículos 28, 95, 126-3, 135 inciso segundo y 167 de la Ley 65 de 1993.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE con los condicionamientos hechos por la Corporación el aparte demandado del artículo 44-e de la Ley 65 de 1993.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 65 de 1993, en los términos expresados en la parte motiva del presente fallo.

Quinto. Declarar EXEQUIBLE en lo acusado, el artículo 121 de la Ley 65 de 1993, solo en relación con los cargos analizados en esta sentencia, e INEXEQUIBLE el numeral 7° de la primera parte de dicho artículo que dice: "Descansar en la cama durante el día sin motivo justificado".

Sexto. Declarar EXEQUIBLE el aparte del inciso primero del artículo 110 de la Ley 65 de 1993, que dice: "salvo grave amenaza de alteración del orden, caso en el cual la restricción deberá ser motivada", e INEXEQUIBLE el parágrafo del mismo artículo.

Séptimo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 123-4 de la Ley 65 de 1993, e INEXEQUIBLE la expresión "tendrá derecho a dos horas de sol diarias y" contenida en el numeral 3 de la segunda parte de dicho artículo.

Octavo. Declarar EXEQUIBLES las siguientes expresiones del artículo 127 de la Ley 65 de 1993: "agraven" y "el daño producido", e INEXEQUIBLE la expresión "y situaciones análogas" del mismo artículo.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-185
mayo 6 de 1998
IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS-Entidad titular

No obstante la profusión de normas que modificaron este impuesto, originado en la Ley 1a. de 1967, lo cierto es que no ha perdido su naturaleza de gravamen nacional, y tampoco ha sido cedido a las entidades territoriales. Como se observa del análisis de las normas que regulan este impuesto, existen dos impuestos a los espectáculos públicos: uno creado por la Ley 12 de 1932, y normas que lo modificaron, que pertenece a las entidades territoriales, por cesión expresa que la Nación hizo de él, y, otro, que se originó en la Ley 1a. de 1967, el cual es de propiedad de la Nación, tal como se ha explicado, y sobre el que no ha habido cesión.

EXENCION TRIBUTARIA-Competencia del legislador

La competencia del legislador para conceder exenciones en relación con los tributos nacionales, tiene base constitucional en el artículo 150, ordinal 12, que lo faculta para establecer las contribuciones fiscales, y en el propio artículo 294 de la Carta, supuestamente vulnerado en concepto del actor, al consagrar, expresamente, la prohibición de que a través de la ley se concedan exenciones sobre tributos de propiedad de las entidades territoriales.

EXENCION TRIBUTARIA A EVENTOS DE DANZA, MUSICA, OPERA, TEATRO Y FERIAS ARTESANALES

El legislador estimó que ampliando el número de eventos culturales sobre los que cabe hacer la exención de pago de impuestos, se contribuye al fomento de la existencia de tales actividades. Esta consideración, resulta perfectamente compatible con la Constitución, en especial, con los artículos que hacen referencia a la promoción y fomento al acceso a la cultura y a la búsqueda del conocimiento y la expresión artística.

Referencia: Expediente D-1843.

Demanda de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley 397 de 1997.

Demandante: Fabio de Jesús Hernández Bustamante.

Magistrada ponente (E): Dra. CARMENZA ISAZA DE GOMEZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, según consta en acta número diecisiete (17), a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Fabio de Jesús Hernández Bustamante, con base en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 5, de la Constitución Política, demandó la inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley 397 de 1997, ley que creó el Ministerio de la Cultura.

Por auto del veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997), el magistrado sustanciador admitió la demanda y ordenó fijar en lista la norma acusada. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente del Congreso, con el objeto de que, si lo estimaba oportuno, conceptuara sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

A. **Norma acusada.**

El siguiente es el texto de la norma demandada:

"Ley 397 de 1997

"por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias".

"Artículo 39. Impuestos de espectáculos públicos e impuestos sobre las ventas. A las exenciones consagradas en el artículo 75 de la Ley 2a. de 1976, se adicionan las siguientes:

"a) Compañías o conjuntos de danza folclórica;

"b) Grupos corales de música contemporánea;

"c) Solistas e instrumentistas de música contemporánea y de expresiones musicales colombianas;

"d) Ferias artesanales."

B. **La demanda.**

El demandante considera que el artículo 39 de la Ley 397 viola el artículo 294 de la Constitución, norma que prohíbe a la ley conceder exenciones o tratamientos preferenciales a los tributos que son de propiedad de los entes territoriales.

En consecuencia, por ser el impuesto a los espectáculos públicos de propiedad de los municipios, sólo los municipios, a través de los concejos, pueden disponer sobre su exención o tratamiento preferencial.

C. **Intervención ciudadana.**

Dentro del término legal, intervino el ciudadano designado por el Ministerio de Hacienda para defender la constitucionalidad de la norma. Explicó así sus razones:

El fundamento del cargo presentado por el demandante, radica en la creencia de que el impuesto a los espectáculos públicos, establecido por la Ley 1a. de 1967, es de propiedad de los municipios. Esta opinión es errada, pues, como pasa a demostrarlo, en razón del origen y su evolución, este impuesto corresponde a una renta nacional.

En efecto, la Ley 1a. de 1967, artículo 8°, estableció un recargo para cada boleta de entrada a espectáculos públicos, del 10 %, con destino a la reconstrucción de la ciudad de Quibdó, que había sido destruida por un incendio. Lo recaudado por este concepto, debía consignarse en la Tesorería General de la Nación.

El artículo 5° de la Ley 49 de 1967 estableció que el recargo de la Ley 1a. de 1967, se seguiría cobrando en el territorio del Valle del Cauca, entre los años 1968 y 1972, con destino a los VI Juegos Panamericanos. El control sobre este recargo se ejerció por la Contraloría General de la Nación.

El artículo 4° de la Ley 47 de 1968 extendió a todo el territorio nacional, el impuesto de la Ley 49, con la destinación general del fomento al deporte.

El artículo 9° de la Ley 30 de 1971 determinó que el impuesto continuaría cobrándose, con posterioridad al 31 de diciembre de 1972.

El artículo 75 de la Ley 2ª de 1976 definió las exenciones del tributo. Y el artículo 77 de la Ley 181 de 1995 dispuso la forma como se debe invertir en los municipios.

Finalmente, la última disposición relacionada con el impuesto creado por la Ley 1a. de 1967, es el artículo 39 de la Ley 397 de 1997, que es la norma demandada.

Por consiguiente, explica el interviniente, como la exención establecida en el artículo 39 recae sobre una renta nacional, no viola el artículo 294 de la Constitución, el consagrarla allí. En este mismo sentido, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-393 de 1996.

D. **Intervención del Procurador General de la Nación.**

En concepto No. 1451, del 1o. de diciembre de 1997, el señor Procurador General de la Nación solicitó declarar exequible el artículo 39 de la Ley 397 de 1997, por las razones que se resumen a continuación.

En primer lugar, aclara que existen dos tributos sobre la misma base gravable, pero con diferente propietario. Uno, que corresponde a los entes territoriales y, otro, que es propiedad de la Nación. Explica cada uno, así:

a) Sobre el tributo que corresponde a los entes territoriales, su origen se encuentra en la Ley 12 de 1932, que estableció un impuesto temporal a los espectáculos públicos, del 10%, con el objeto de atender los gastos generados por la guerra contra el Perú. El Decreto 1558 de 1932 señaló el procedimiento para el recaudo de este impuesto.

Posteriormente, la Ley 213 de 1938, artículo 1o., dispuso que "en lo sucesivo estarán exentas de toda clase de impuestos nacionales: a) los eventos de basse-ball, tenis, foot-ball, natación y basket-ball, que se celebren en la República, bien sea con el carácter de internacionales, interdepartamentales o simplemente locales". Es decir, se decretó una exención tributaria para los espectáculos deportivos.

Finalmente, mediante el artículo 3o. de la Ley 33 de 1968, el legislador dispuso ceder el impuesto a las entidades territoriales, al señalar que a partir del 1o. de enero de 1969, serían de propiedad exclusiva de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá algunos impuestos que se causen en sus respectivas jurisdicciones, dentro de los cuales se encuentra el denominado impuesto a ´espectáculos públicos´ establecido por el artículo 7o. de la Ley 12 de 1932.

Esta cesión que la Nación hizo a los entes territoriales, se ha reglamentado con normas posteriores, especialmente, en lo que tiene que ver con la competencia para la administración, recaudo y control de los recursos provenientes de este tributo.

b) El impuesto sobre espectáculos públicos con destino al deporte, de propiedad de la Nación.

El Procurador señala su origen en la Ley 1a. de 1967 y hace un recuento normativo semejante al hecho por el ciudadano interviniente del Ministerio de Hacienda, del que deduce, también, que se trata de un impuesto de la Nación.

Menciona, además, el artículo 77 de la Ley 181 de 1995, en cuanto hace referencia al impuesto a los espectáculos públicos establecido en las Leyes 47 de 1968 y 30 de 1971.

Finaliza el Procurador así:

"El análisis de las normas mencionadas permite determinar que el impuesto a espectáculos públicos continúa vigente y concurre con el impuesto de la misma naturaleza de propiedad de los municipios, teniendo aquél como destino la construcción, administración, mantenimiento y adecuación de los escenarios deportivos (art. 70, Ley 181 de 1995). Se advierte que el mencionado tributo es recaudado y administrado por las entidades territoriales, pero su titularidad corresponde a la Nación".

En consecuencia, por ser el tributo contenido en el artículo 39 demandado, de propiedad de la Nación, puede la ley declarar las exenciones allí estipuladas, sin vulnerar el artículo 294 de la Constitución.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. **Competencia.**

La Corte es competente para conocer esta demanda según el artículo 241, numeral 4, de la Constitución.

Segunda. **Lo que se debate.**

El presente asunto gira en torno a determinar si el impuesto de espectáculos públicos e impuesto sobre las ventas, de que trata el artículo 39 de la Ley 397 de 1997, es de propiedad de la Nación o pertenece a las entidades territoriales, pues, si es de estas entidades, la exención contenida en la norma demandada vulneraría, como lo dice el demandante, el artículo 294 de la Constitución, en razón de la prohibición constitucional para que la ley conceda exenciones o tratamientos preferenciales, sobre los tributos de propiedad de tales entes. En cambio, si es de la Nación, la ley puede, en términos generales, establecer exenciones como las contempladas en el artículo 39.

Al respecto, el demandante se limitó a decir que se trata de un impuesto que, en su concepto, pertenece a las entidades territoriales, sin ofrecer ninguna explicación que apoye su afirmación.

En cambio, el Procurador y el interviniente del Ministerio de Hacienda coinciden en señalar que se trata de un gravamen nacional, y, para tal efecto, se remiten a los orígenes del impuesto. El Procurador, además, observa que sobre los espectáculos públicos concurren dos impuestos, uno de propiedad de la Nación y otro de los entes territoriales.

Tercera. **Titular del impuesto sobre los espectáculos públicos.**

Esta Corporación, en sentencia C-219 de 1997, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló algunos criterios que permiten determinar si un impuesto pertenece a la Nación, o a un ente territorial. Estos criterios se dividen en formal, orgánico y material.

El primero de ellos, hace referencia a la normas que expresamente crean el tributo y que permiten determinar con facilidad su titular. Cuando este criterio no es suficiente, bien por la proliferación de normas o su vaguedad, el intérprete debe acudir al segundo criterio, el orgánico, según el cual, un impuesto pertenecerá al ente territorial, si sus órganos de representación popular han participado en la determinación de por lo menos uno de sus elementos. Cuando estos dos criterios no resultan suficientes, o siguen existiendo dudas, el intérprete debe determinar si el producto del recaudo del impuesto entra a formar parte del presupuesto del ente territorial para sufragar sus gastos, caso en el cual, la Nación no podrá reputarse titular del mismo, a pesar de que la aplicación de los criterios formal y orgánico se pudiera deducir lo contrario.

En el caso en estudio, conviene advertir que sobre los espectáculos públicos, concurren dos gravámenes. Uno, originado en el artículo 7° de la Ley 12 de 1932 y normas complementarias, y, otro, en la Ley 1a. de 1967. Es a éste último al que se refiere la norma demandada, por lo que respecto a él, se analizará su origen y leyes que lo han modificado (criterio formal), para determinar si pertenece a la Nación o a las entidades territoriales. Además, si la Nación ha hecho cesión del mismo.

Si del análisis legislativo que se haga, no resultare posible determinar la propiedad de este impuesto, será necesario acudir a los criterios orgánico y material.

Cuarta. **Origen del impuesto.**

En primer lugar, debe observarse que para llegar al origen de la ley que creó el impuesto a los espectáculos públicos de que trata el artículo 39 demandado, y establecer su carácter nacional o territorial, se debe hacer un seguimiento normativo, a partir de la ley a la que el propio artículo 39 remite, precepto que, a su vez, se apoya en otras normas anteriores, en las que ocurre lo mismo.

Es así, como, en el presente caso, será preciso referirse a las siguientes leyes y a los artículos que tocan este asunto:

El artículo 39 de la Ley 397 de 1997, que remite al artículo 75 de la Ley 2a. de 1976. Esta norma alude a los artículos 8° de la Ley 1a. de 1967 y 9° de la Ley 30 de 1971. La Ley 30 de 1971, artículo 9°, hace, a su vez, remisión a los artículos 5° de la Ley 49 de 1967 y 4° de la Ley 47 de 1968.

En aras de facilitar la comprensión del asunto, se transcribirá sólo lo pertinente de las normas que permiten llegar al origen del impuesto, subrayándose lo correspondiente.

El precepto demandado, artículo 39, inciso primero, de la Ley 397 de 1997, señala:

> "Artículo 39. Impuestos de espectáculos públicos e impuestos sobre las ventas. A las exenciones consagradas en el artículo 75 de la Ley 2a. de 1976, se adicionan las siguientes:
>
> "..."

El artículo 75 de la Ley 2a. de 1976, a su vez, establece:

> *"Artículo 75.- Estarán exentas del impuesto de espectáculos contemplado en <u>los artículos 8° de la ley 1ª de 1967 y 9ª de la Ley 30 de 1971,</u> las presentaciones de los siguientes:*
>
> "..."

El artículo 8° de la Ley 1a. de 1967 creó el gravamen a los espectáculos públicos. Esta ley se dictó para proveer a la reconstrucción de las zonas devastadas por el incendio del municipio de Quibdó, ocurrido el 27 de octubre de 1966, y la ayuda a los damnificados. El artículo 8° señaló:

"Ley 1a. de 1967

> *"Artículo 8°.- Con destino exclusivo a la reconstrucción de la ciudad de Quibdó, establécese en todo el país por el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha que el gobierno señale, una cuota de recargo "pro Ciudad Quibdó", del 10% sobre el valor de cada boleta personal de entrada a espectáculos públicos de cualquier clase. Su producido será consignado en la Tesorería General de la República, a órdenes del "Comité de Coordinación Ciudadana."*

Este gravamen, establecido para todo el territorio nacional, tenía una vigencia de cuatro (4) meses, al cabo de los cuales, la Ley 49 de 1967 extendió el cobro del impuesto para el período

1968-1972, sólo en el Valle del Cauca, con el fin de financiar los VI Juegos Panamericanos de Cali y preparar a los deportistas. La Ley 47 de 1968, artículo 4o., amplió su cobro a todo el territorio nacional. Señaló el artículo 4o. que "el producido del mismo será destinado en el Distrito Especial, los Departamentos, Intendencias y Comisarías, exclusivamente al fomento del deporte, a la preparación de los deportistas, a la construcción de instalaciones deportivas y adquisición de equipos e implementos, en la proporción que se recaude en cada una de las secciones del país".

El artículo 9° de la Ley 30 de 1971 estableció que seguiría cobrándose el impuesto en forma indefinida, con posterioridad al 31 de diciembre de 1972. Es decir, sin relacionar el impuesto con la realización de los Juegos Panamericanos, pues éstos ya habían pasado.

No obstante la profusión de normas que modificaron este impuesto, originado en la Ley 1a. de 1967, lo cierto es que no ha perdido su naturaleza de gravamen nacional, y tampoco ha sido cedido a las entidades territoriales. Cesión que sí ocurrió con el otro impuesto a los espectáculos públicos, creado por la Ley 12 de 1932, que fue entregado, expresamente, por la Nación a los municipios y al Distrito Especial (hoy Distrito Capital), por la Ley 33 de 1968, artículo 3o., cesión que fue ratificada en el Decreto 1333 de 1986, en el artículo 223. Dice este artículo.

> *"Artículo 223. Es propiedad exclusiva de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá el impuesto denominado "espectáculos públicos", establecido por el artículo 7o. de la Ley 12 de 1932 y demás disposiciones complementarias".*

En conclusión, como se observa del análisis de las normas que regulan este impuesto, existen dos impuestos a los espectáculos públicos: uno creado por la Ley 12 de 1932, y normas que lo modificaron, que pertenece a las entidades territoriales, por cesión expresa que la Nación hizo de él, y, otro, que se originó en la Ley 1a. de 1967, el cual es de propiedad de la Nación, tal como se ha explicado, y sobre el que no ha habido cesión.

Quinta. **Competencia del legislador para conceder exenciones sobre impuestos de propiedad de la Nación.**

La competencia del legislador para conceder exenciones en relación con los tributos nacionales, tiene base constitucional en el artículo 150, ordinal 12, que lo faculta para establecer las contribuciones fiscales, y en el propio artículo 294 de la Carta, supuestamente vulnerado en concepto del actor, al consagrar, expresamente, la prohibición de que a través de la ley se concedan exenciones sobre tributos de propiedad de las entidades territoriales.

Dicen las normas constitucionales citadas:

> *"Artículo 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*
>
> *"*
>
> *"12.- Establecer las contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley".*

El artículo 294 establece:

> *"Artículo 294.- La ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales. Tampoco podrá imponer recargos sobre sus impuestos salvo lo dispuesto en el artículo 317".*

En este sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-393, del 22 de agosto de 1996:

"Así las cosas, es evidente que en materia de exenciones la Constitución Nacional permite conceder todas aquellas que el legislador de acuerdo con una política económica, social y política, juzgue convenientes, excepto las que recaigan sobre impuestos de propiedad exclusiva de las entidades territoriales (art. 294). Siendo así, no advierte la Corte que la norma acusada vulnere la Constitución por este aspecto, pues la exención decretada no recae sobre impuestos que pertenezcan a las entidades territoriales". (C-393/96, M.P., doctor Carlos Gaviria Díaz).

Finalmente, conviene señalar a qué clase de eventos culturales cobija la exención tantas veces citada. Ellos se encuentran en la Ley 397, en la norma demandada, y en la Ley 2a. de 1976.

- Ley 397 de 1997, artículo 39:

"Artículo 39.- Impuestos de espectáculos públicos e impuestos sobre las ventas. A las exenciones consagradas en el artículo 75 de la Ley 2a. de 1976, se adicionan las siguientes:

"a) Compañías o conjuntos de danza folclórica;

"b) Grupos corales de música contemporánea;

"c) Solistas e instrumentaristas de música contemporánea y de expresiones musicales colombianas;

"d) Ferias artesanales".

- Ley 2a. de 1976, artículo 75:

"Artículo 75.- Estarán exentas del impuesto de espectáculos contemplado en los artículos 8° de la Ley 1ª de 1967 y 9ª de la Ley 30 de 1971, las presentaciones de los siguientes:

"a) Compañías o conjuntos de ballet clásico y moderno;

"b) Compañías o conjuntos de ópera, opereta y zarzuela;

"c) Compañías o conjuntos de teatro en sus diversas manifestaciones;

"d) Orquestas y conjuntos musicales de carácter clásico;

"e) Grupos corales de música clásica;

"f) Solistas e instrumentistas de música clásica".

En el presente caso, el legislador estimó que ampliando el número de eventos culturales sobre los que cabe hacer la exención la pago de impuestos, se contribuye al fomento de la existencia de tales actividades. Esta consideración, resulta perfectamente compatible con la Constitución, en especial, con los artículos que hacen referencia a la promoción y fomento al acceso a la cultura (art. 70) y a la búsqueda del conocimiento y la expresión artística (art. 71).

Por las razones expresadas en esta sentencia, el artículo 39 de la Ley 397 de 1997 es exequible, en relación con el cargo examinado.

III. DECISION.

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

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE el artículo 39 de la Ley 397 de 1997, por las razones expresadas en esta sentencia.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-186
mayo 6 de 1998

COMPETENCIA DE TUTELA-Alcance de la palabra jueces

El término "jueces", contenido en varias disposiciones del ordenamiento Superior, es genérico y, por tanto, comprensivo de todas las autoridades jurisdiccionales. Incluye tanto al individuo como al organismo o corporación que ha sido designado para conocer, instruir y fallar una causa, sin distingo de grado o jerarquía. Por ello, cuando el artículo 86 de la Constitución dispone que los "jueces", en todo momento y lugar están llamados a conocer de la acción de tutela, resulta lógico entender que tal competencia se entienda referida a todas las autoridades públicas, unipersonales y pluripersonales, a quienes la Constitución Política y la ley han asignado la función de administrar justicia.

Referencia: Expediente D-1847.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991.

Actor: Vicente Noguera Paz.

Magistrado Ponente: Doctor VLADIMIRO NARANJO MESA.

Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Vicente Noguera Paz, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad del inciso primero del artículo 15 del Decreto 2591 de 1991.

Admitida la demanda, se fijó en lista el negocio en la Secretaría General de la Corporación para efectos de la intervención ciudadana y se dio traslado al Procurador General de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de la norma acusada es el siguiente (tomado del Diario Oficial No. 40.165, del 19 de enero de 1991).

"Decreto 2591 de 1991

"Artículo 15° Trámite preferencial. La tramitación de la tutela estará a cargo del juez, del Presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y será

sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de habeas corpus.

"..."

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estima el demandante que la norma acusada es violatoria de los artículos 4° y 86 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

El actor considera que el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991 vulnera el contenido del artículo 86 de la Constitución Política, porque mientras la norma constitucional establece que son competentes para conocer de las acciones de tutela en primera instancia sólo los jueces, el artículo demandado permite que los tribunales lo hagan. En efecto, el artículo 15 acusado extiende la competencia para conocer de las acciones de tutela a los presidentes de las salas y a los magistrados de los tribunales, cuando el texto de la norma constitucional la restringe para los jueces; y siendo los términos "juez" y "tribunal" diferentes, salta a la vista la incongruencia que genera la inexequibilidad de la norma.

Para el demandante, el hecho de que la norma constitucional hubiese asignado la competencia para conocer en primera instancia de las acciones de tutela en los jueces, reside en su afán por permitir que "en todo tiempo y lugar" las personas tengan acceso a este mecanismo judicial, exigencia que sólo podrían satisfacerla los jueces, por estar ellos localizados en todos los municipios del país; no así los tribunales.

No ocurre lo mismo en el caso de las Acciones de Cumplimiento del artículo 87 de la Constitución, pues para ellas la Carta estableció una competencia genérica al emplear el término "Autoridad Judicial".

IV. INTERVENCIONES

Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

Dentro de la oportunidad procesal prevista intervino, en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, la doctora Mónica Fonseca Jaramillo, quien solicitó a esta Corporación declarar exequible el artículo demandado.

Para el Ministerio de Justicia y del Derecho, el término "jueces" debe interpretarse con un criterio amplio, de tal forma que permita incluir a toda la jerarquía de jueces y tribunales que pertenecen a la Rama Jurisdiccional. Dicha precisión encuentra fundamento en los artículos 12 y 125 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), los cuales definen las autoridades encargadas de ejercer la función jurisdiccional en el país. Como el artículo 86 de la Carta Fundamental se refiere a los jueces, deben entenderse incluidas todas las autoridades que ejercen función jurisdiccional, lo cual, en últimas, no constituye más que la ampliación de las vías de acceso para que los ciudadanos hagan uso de la tutela.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador General de la Nación, dentro de la oportunidad legal prevista, emitió el concepto de su competencia y solicitó a esta Corporación declarar la constitucionalidad de la norma acusada.

La vista fiscal considera que el término "jueces", utilizado por la norma acusada, debe entenderse referido a cualquier autoridad facultada para dictar sentencia, como se desprende de la prolija jurisprudencia que ha emitido la Corte Constitucional al respecto y de los antecedentes constitucionales de la norma.

Ello, dice finalmente, no obstante que las tutelas no puedan interponerse en primera instancia ante los máximos tribunales de las respectivas jurisdicciones, so pena de quebrantar el principio de la doble instancia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

Tal como lo disponen los artículos 241-5 y 10 transitorio de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre la constitucionalidad del Decreto 2591 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional en virtud de las precisas facultades extraordinarias conferidas por el artículo 5° transitorio literal b) del mismo ordenamiento superior.

2. Análisis del cargo.

Sostiene el demandante que la norma acusada, al otorgarle competencia a los tribunales de justicia para conocer de la acción de tutela en primera instancia, desconoce el contenido del artículo 86 de la Constitución Política que radica tal competencia, en forma exclusiva y excluyente, en los jueces singulares.

En primer lugar, debe la Corte aclarar que, a pesar de haber sido demandado todo el inciso primero del artículo 15 del Decreto 2591 de 1991, los cargos están dirigidos exclusivamente contra la expresión "*... del presidente de la sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso...*", a la cual se limitará el estudio del presente fallo.

Sobre el asunto debatido, estima la Corte que el demandante parte de un supuesto errado, pues el término "jueces", contenido en varias disposiciones del ordenamiento Superior, es genérico y, por tanto, comprensivo de todas las autoridades jurisdiccionales. Incluye tanto al individuo como al organismo o corporación que ha sido designado para conocer, instruir y fallar una causa, sin distingo de grado o jerarquía[1]. En este sentido es utilizado por el artículo 230 de la Carta Política cuando señala: "Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley".

Por ello, cuando el artículo 86 de la Constitución dispone que los "jueces", en todo momento y lugar están llamados a conocer de la acción de tutela, resulta lógico entender que tal competencia se entienda referida a todas las autoridades públicas, unipersonales y pluripersonales, a quienes la Constitución Política y la ley han asignado la función de administrar justicia, con la sola observancia del principio de la doble instancia, previsto en el inciso 2° del artículo arriba citado, según el cual: "El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente".

Cabe anotar que esta Corporación, en abundante jurisprudencia, se ha referido al tema. Al respecto ha señalado:

> *"Ahora bien, la Jurisdicción de Tutela en Colombia comprende a todos los jueces, pues a diferencia de ordenamientos de otros países en donde sólo la Corte o el Tribunal*

---

[1] Cfr. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, Tomo V., Guillermo Cabanellas, editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, pág. 17.

Constitucional se pronuncian sobre el Derecho de Amparo, institución que guarda semejanzas pero también diferencias con la tutela. ***En nuestro sistema todos los jueces sin distinción de jerarquía tienen competencia en materia de tutela.*** *Esta Jurisdicción es llamada por el constitucionalismo contemporáneo la "Jurisdicción de la libertad". (Sentencia T-02/92, M.P., doctor Alejandro Martínez Caballero) (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Posteriormente afirmó:

"...la acción de tutela, es una manifestación de esa jurisdicción constitucional ***que todos los jueces y Tribunales de la República pueden y deben asumir, de manera excepcional y paralela con la jurisdicción ordinaria a la que pertenezcan.*** *Así, si un juez laboral conoce de una tutela, en ese momento no está actuando como juez de lo laboral, sino como juez constitucional, comoquiera que su actuación está encaminada a hacer valer la integridad y supremacía de la Constitución, vía la protección de los derechos fundamentales.*

La jurisdicción constitucional es, pues, paralela y bien puede ser ejercida por los mismos jueces que actúan en el ámbito de otras jurisdicciones sin que respecto de ellas se prediquen las mismas jerarquías y niveles de dichas jurisdicciones. (Sentencia T-413/92, M.P. doctor Ciro Angarita Barón). (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Igualmente, al declarar exequible el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, que en materia de tutela fija la competencia, a prevención, en los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrieron los hechos, manifestó esta Corporación:

"... por la interpretación sistemática de las normas señaladas se infiere sin dificultad que cuando el Decreto 2591 de 1991, expedido por autorización y de conformidad con la Constitución, estableció la competencia de los jueces para conocer de las acciones de tutela, no violó el artículo 86 de la Carta sino que justamente hizo viable su realización en la medida en que fijó parámetros racionales para la realización de este mecanismo tutelar y así garantizar la efectiva protección de los derechos, que es uno de los fines del Estado, según el artículo 2° de la Carta." (Sentencia C-054/93, M.P., doctor Alejandro Martínez Caballero).

Obsérvese que el conocimiento de la acción de tutela por parte de todos los jueces de la República, que sin distingo de grado o jerarquía integran la jurisdicción constitucional, interpreta la intención del Constituyente que elevó a canon constitucional esta figura con el propósito de lograr la efectividad de los derechos inherentes a la persona cuando, de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso y a falta de otro medio de orden legal que permita el debido amparo de los derechos, éstos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos de ley. Es obvio que la intención de ampliar la competencia a los jueces colegiados para conocer de la acción de tutela, contribuye decididamente en el propósito de darle aplicación material a los derechos humanos. En la Asamblea Constituyente, en las discusiones sobre el tema de la tutela y la competencia de los jueces para conocer de ésta, se dijo:

"Un aspecto no menos importante, y que seguramente estará llamado a cumplir un papel protagónico, es el referente al hecho de que, en desarrollo de esta norma, todos los jueces de la República quedan habilitados para ejercer la protección directa de los derechos fundamentales.

"La carta de derechos dejará de ser letra fría y distante para convertirse, en virtud de un control de constitucionalidad concreto, en razón de la materia, y difuso, por la multiplicidad de los agentes de control, en instrumento cotidiano de promoción de los derechos humanos". (Ponencia para segundo debate en plenaria, Gaceta Constitucional No. 112, pág. 8). (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, respetando el principio de la doble instancia, solo las altas corporaciones de justicia, la Corte Constitucional, la Corte Suprema, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura se encuentran excluidas de la competencia para conocer en primera instancia de las acciones de tutela. En esta materia, tales organismos actúan como jueces de apelación, salvo la Corte Constitucional a la que, como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, le corresponde la revisión eventual de todos los fallos de tutela (art. 86 C.P.). Sobre el particular, resulta pertinente citar la siguiente jurisprudencia de esta Corporación:

> "Diferente es la situación de la ación de tutela presentada directamente ante la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el 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:
>
> **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 2°."** (Sentencia T-080/95, M.P., doctor Jorge Arango Mejía) (Negrillas fuera de texto).

Lo expuesto, lleva a la Corte a considerar que la expresión acusada, al determinar que la tramitación de la tutela "estará a cargo del juez, del Presidente de la Sala o del Magistrado a quien éste designe", lejos de violar la Constitución promueve su desarrollo, facilitando y ampliando a los ciudadanos el acceso a la Administración de justicia en procura de lograr una mayor efectividad y garantía material de los derechos fundamentales. No obstante, debe aclararse que, como ha quedado sentado en abundante jurisprudencia de esta Corporación, la justicia penal militar está excluida del conocimiento general de la acción de tutela, por tener una competencia restringida a los precisos términos del artículo 221 de la Constitución Política, y formar parte de la Fuerza Pública y no de la Rama Judicial[2].

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de Nación, y cumplidos los trámites previstos por el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, en los términos de esta sentencia, la expresión "... del presidente de la sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso...", contenida en el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991.

---

[2] Cfr., entre otros, Autos: 012/94 (M.P., doctor Jorge Arango Mejía), 051/95 (M.P., doctor Alejandro Martínez Caballero) y 020/96 (M.P., doctor José Gregorio Hernández Galindo).

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-187
mayo 6 de 1998

INHABILIDAD-Pena accesoria

La sanción consistente en la inhabilitación mencionada, constituye una pena accesoria, que es consecuencia de la responsabilidad deducida dentro del correspondiente proceso penal o disciplinario, y que comporta naturalmente la imposición de una pena principal. Y juzgada la conducta penal o disciplinaria y, establecida por consiguiente la correspondiente responsabilidad, se ha asegurado dentro de la respectiva actuación procesal el derecho al debido proceso, que cobija tanto a la imposición de la pena principal como la de la accesoria.

INHABILIDAD PARA EJERCER FUNCIONES PUBLICAS-Sanción accesoria no puede exceder a la principal

El investigador de la falta disciplinaria, al momento de aplicar la inhabilidad para ejercer funciones públicas en los casos que la sanción principal la comporte, deberá resolver acerca de su duración, remitiéndose a la legislación penal, para lo cual la Sala advierte que en ningún momento la sanción accesoria podrá exceder la principal, situación que deberá definirse al momento de adoptar la correspondiente decisión.

INHABILIDAD PARA EJERCER FUNCIONES PUBLICAS-Sanción accesoria

La inconformidad del accionante referente al establecimiento de la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas como consecuencia de faltas graves o gravísimas, no contraviene ninguna norma superior, toda vez que la regulación en esa dirección, forma parte de las materias propias de la competencia normativa del legislador, de conformidad con la facultad para establecer el régimen de responsabilidad de los particulares que desempeñen funciones públicas y de los servidores públicos, consagrada en los artículos 123 y 124 de la Constitución Política.

Referencia: Expediente D-1849.

Norma acusada:

Parágrafo (parcial) del numeral 1o. del artículo 30 de la Ley 200 de 1995 "por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico".

Actor: Roberto Bornacelli Guerrero.

Magistrado Ponente: Doctor HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Roberto Bornacelli Guerrero, en ejercicio de la acción pública consagrada en los numerales 6o. del artículo 40 y 4o. del artículo 241 de la Constitución Política, presentó demanda de inconstitucionalidad en contra de algunos apartes del parágrafo del artículo 30 de la Ley 200 de 1995 "por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico".

Al proveer sobre su admisión, mediante auto del 20 de octubre de 1997, el magistrado ponente ordenó fijar en lista el negocio en la secretaría general con el fin de asegurar la intervención ciudadana, enviar copia de la demanda al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor y realizar las comunicaciones exigidas constitucional y legalmente.

Cumplidos los trámites y reunidos los requisitos previstos en la Constitución Política y el Decreto 2067 de 1991 para los procesos de constitucionalidad, esta Corporación procede a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA DISPOSICION ACUSADA.

A continuación, se transcribe el texto de la disposición acusada conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 41946 del 31 de julio de 1995, subrayándose lo demandado:

"LEY 200 DE 1995

(julio 28)

por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...)

Artículo 30. SANCIONES ACCESORIAS. Son sanciones accesorias las siguientes:

1. Las inhabilidades para ejercer funciones públicas en la forma y términos consagradas (sic) en la Ley 190 de 1995.

PARAGRAFO. En aquellos casos en que la conducta haya originado sanción penal la inhabilidad procede siempre y cuando no hubiere sido impuesta en el respectivo proceso, igualmente como consecuencia de faltas graves o gravísimas.

En los casos en que la sanción principal comporte inhabilidad, en el mismo fallo se deberá determinar el tiempo durante el cual el servidor público sancionado queda inhabilitado para ejercer cargos públicos.

En firme la decisión, tendrá efectos inmediatos.

Cuando el servidor público sancionado preste servicios en otra entidad oficial, deberá comunicarse al representante legal de ésta para que proceda a hacer efectiva la inhabilidad.

2. La devolución, la restitución o la reparación, según el caso, del bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que ellas no se hayan cumplido en el proceso penal, cuando la conducta haya originado las dos acciones.

3. La exclusión de la carrera".

III.FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

A juicio del actor, la preceptiva legal demandada, en los apartes transcritos, vulnera la Constitución Política en los artículos 4°, 29, 124 y 277-6, por cuanto desborda el ámbito de

interpretación y supremacía de la Carta Política, en su contenido material, con base en los siguientes argumentos:

El derecho al debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas (art. 29) y por ende al proceso disciplinario; de manera que, para la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos y la forma de hacerla efectiva (C.P., art. 124), debe existir una definición anticipada de las faltas disciplinarias y sus correspondientes correctivos y sanciones con vigencia del principio de la tipicidad, en desarrollo del principio de legalidad, lo cual obliga a la individualización o determinación de la respectiva pena a imponer.

Es precisamente por la violación del principio de legalidad, en lo referente a la tipicidad de la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas consagrada en las disposiciones acusadas, que el accionante formula su queja, por cuanto, en su concepto, constituyen verdaderas cláusulas abiertas que adolecen de un marco mínimo y máximo de referencia para la aplicación de dicha sanción, pudiendo dar paso a la arbitrariedad del fallador y, así mismo, a la restricción de la facultad del Procurador General de la Nación para imponer, por si o por medio de sus delegados, sanciones conforme a la ley (C.P., art. 277-6).

Por último, señala que si bien la inhabilidad derivada de una falta disciplinaria constituye una pena, la cual en términos del Código Penal (art. 42, ordinal 3o. y 44) puede derivarse de la comisión de un hecho punible, con un máximo de 10 años y límites precisos según los tipos penales que la tengan prevista como accesoria, no significa que el jefe del ministerio público pueda imponerla haciendo uso de la legislación penal, ya que estaría dando lugar a una interpretación carente de fundamento dentro del marco de un estado social de derecho.

IV.INTERVENCION DE AUTORIDADES PUBLICAS.

Según informe de la secretaría general de la Corte Constitucional, del 6 de noviembre de 1997, oportunamente intervinieron, por intermedio de apoderados especiales, los ministerios del Interior y de Justicia y Del derecho, y el Departamento Administrativo de la Función Pública, para defender la constitucionalidad de la disposición enjuiciada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.Ministerio del Interior.

En la presente intervención se indica que la violación constitucional denunciada por el demandante se concreta al desconocimiento del debido proceso y el principio de legalidad, principios fundamentales constitucionales de toda clase de actuación, que comprenden el juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante la autoridad competente, con plena observancia de las formalidades legales.

Según se plantea en forma preliminar, la Constitución consagra la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el principio del *non bis in idem,* y reconoce su violación como causal constitucional de nulidad, estableciendo que el derecho de defensa comporta una serie de actividades de imperioso cumplimiento para el investigador y fallador (C.P., art. 29, inciso 2o.), cuyo desconocimiento lo hace incurrir en dichas nulidades; de esta forma, no existiría violación al debido proceso si el procedimiento disciplinario se ha adelantado siguiendo los formalismos legales y de conformidad con la normatividad vigente.

Para concluir, se alude a la definición que del principio de legalidad consagra el artículo 1o del Decreto-ley 100 de 1980 o Código Penal, según el cual nadie podrá ser condenado por un hecho que no se encuentre descrito como punible, cuya sanción no se encuentre vigente y

prevista al momento de su comisión en el ordenamiento legal, con el fin de extenderlo a la materia disciplinaria y cobijar así la sanción accesoria de inhabilidad cuestionada en la demanda, mediante una interpretación que en conjunto debe efectuarse de la Constitución, las Leyes 190 y 200 de 1995 y el Código Penal.

2. **Ministerio de Justicia y del Derecho.**

Con respecto al cargo formulado por el demandante, acerca de la vulneración al debido proceso, el Ministerio de Justicia y del Derecho manifiesta que los servidores públicos están sujetos en sus actuaciones a la potestad disciplinaria, de tal forma que si no cumplen con los preceptos constitucionales y/o legales, se hacen acreedores a sanciones disciplinarias principales y accesorias, las cuales sólo pueden surgir a la vida jurídica por la comisión de una falta, como lo expresó esta Corporación en la sentencia C-631 de 1996 y que, para el evento de la sanción disciplinaria para ejercer cargos públicos, se encuentra claramente tipificada en el artículo 30 de la Ley 200 de 1995.

Con el propósito de rebatir la acusación fundada en la violación al principio de legalidad, se señala que, de conformidad con el artículo 150, numeral 1o., de la Carta Política, el Congreso de la República es el único organismo facultado para establecer sanciones proporcionadas y ajustadas a la Constitución por la infracción de normas disciplinarias o penales, circunstancias que se observa se cumplieron al describir las sanciones accesorias en la expedición del Código Disciplinario Unico.

Por ello, para finalizar, se reitera la sentencia 310 de 1997, que al referirse a la constitucionalidad y alcance del numeral 1o. del artículo 30 de la Ley 200 de 1995 precisó que el calificativo de sanción accesoria de las inhabilidades consagradas en la Ley 190 de 1995 no puede interpretarse como lesivo de normas superiores, puesto que ha sido establecido por el legislador dentro de la órbita de su competencia.

3. **Departamento Administrativo de la Función Pública.**

A su turno, el Departamento Administrativo de la Función Pública expresa que las disposiciones acusadas deben analizarse de manera integral dentro del contexto de la ley disciplinaria para comprender su verdadero sentido y constitucionalidad, cual es el de garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del estado y, así, las sanciones accesorias como consecuencia de las faltas graves o gravísimas no buscan otra cosa que prevenir y asegurar la buena marcha de la gestión pública, en el entendido de que en el mismo fallo debe determinarse el tiempo de inhabilitación para ejercer cargos públicos.

Adicionalmente, menciona que no debe ser de recibo la apreciación del actor en el sentido de que la norma censurada viola el principio de legalidad, por cuanto el numeral 1o. del artículo 30 de la Ley 200 de 1995 es preciso al remitirse, para efectos de sanciones accesorias, a la Ley 190 de 1995, como ocurre con las inhabilidades para ejercer funciones públicas, en la forma y términos que trae dicha Ley, mandato que fue declarado exequible mediante la sentencia C-310 de 1997.

Según sostiene, en el artículo 17 de la Ley 190 se ordena la inhabilidad para desempeñar funciones públicas a los servidores públicos mencionados en el inciso 1o. del artículo 123 de la Constitución Política, cuando sean condenados por delitos contra el patrimonio económico del Estado, con la respectiva sanción aplicable, debiéndose en el respectivo fallo determinar el tiempo durante el cual el servidor público sancionado queda inhabilitado para ejercer cargos públicos. De esta manera, las conductas que generan una sanción accesoria han sido definidas

en forma expresa, con anterioridad y por vía general, como lo determinó esta Corte en la sentencia C-286 de 1996, lo que, en su opinión, las hace constitucionales.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

Mediante concepto No. 1.446 del 1o de diciembre de 1997, el señor Procurador General de la Nación solicita a esta Corporación declarar constitucionales las expresiones demandadas del parágrafo del numeral 1o. del artículo 30 de la Ley 200 de 1995. Para esta petición, el jefe del Ministerio Público se fundamenta en lo siguiente:

La Ley 200 de 1995 (C.D.U.) unificó las normas del derecho disciplinario para garantizar que los servidores públicos atiendan debidamente sus deberes y obligaciones, consagrando principios destinados a proteger los derechos de quienes son vinculados al proceso como investigados, con prevalencia de aquellos que rigen el derecho penal, como son los de favorabilidad y legalidad, vigentes para la interpretación del régimen disciplinario y aplicación al mismo (art. 18).

A renglón seguido, afirma que la sanción es la consecuencia jurídica de una falta y que el legislador tiene plena autonomía para establecerlas con carácter disciplinario (C.P., art. 124), respetando la vigencia del principio de legalidad (C.P., arts. 1°, 6°, 121, 122 y 123 y Ley 200/95, art. 4°), lo cual se cumple en los artículos 28 y 29 del C.D.U al determinarse cualitativamente las sanciones disciplinarias clasificadas en principales y accesorias y con el establecimiento de los aspectos cuantitativos de las sanciones principales, tales como el monto de la multa y el término máximo de la suspensión de funciones.

Luego, manifiesta que las expresiones acusadas otorgan la facultad al fallador para determinar el tiempo de la inhabilidad por faltas graves o gravísimas que, en su opinión, debe ejercerse dentro de los términos contenidos en el numeral 1o. del artículo 30 de la Ley 200 de 1995, declarado exequible en la sentencia C-310 de 1997, según el cual la sanción de inhabilidad se impone en la forma y términos consagrados en la Ley 190 de 1995.

Así mismo, propone para el respectivo examen dar aplicación al "principio de la conservación del derecho" expuesto en la sentencia C-280 de 1996, y realizar una interpretación de las normas demandadas a partir de la unidad del orden jurídico, en forma tal que se integre la legislación penal para determinar los límites mínimos y máximos de la norma disciplinaria, según lo ordena el artículo 18 del C.D.U., con lo cual se obtiene que el artículo 51 del Decreto 100 de 1980 establece un límite máximo de cinco años a la inhabilidad para desempeñar cualquier cargo en la administración pública.

Además, añade que la garantía constitucional de la legalidad de la pena se manifiesta en la determinación del máximo y no del mínimo, por lo cual el citado artículo satisface el requerimiento, deduciendo, por ello, que la norma acusada no vulnera el principio de legalidad y, por consiguiente, no transgrede el artículo 29 de la Carta, ni presenta un vacío legal para determinar el límite máximo de duración de la sanción accesoria mencionada.

Para finalizar, expresa que dicha sanción no opera en relación con el cargo que ocupa el servidor público en el momento en que se comete la falta, sino para cualquier otra forma de vinculación con la administración pública; entendida así la inhabilidad, no rompe el principio de proporcionalidad cuando se impone por faltas graves que sólo comportan la sanción principal de suspensión o multa, pues aunque no afecta la vinculación actual del funcionario, limita, temporalmente, el derecho de acceso a cargos durante el término de inhabilidad en forma razonable dada la falta cometida.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, por tratarse de una norma legal.

2. La materia en estudio.

En el asunto *sub examine* la controversia constitucional planteada versa sobre una eventual vulneración del derecho al debido proceso y el principio de legalidad en el régimen disciplinario contenido en la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico), con el señalamiento de la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas, lo cual debe resolverse dentro del marco de la finalidad del proceso disciplinario y de la vigencia, en el mismo, de los principios y elementos que los integran.

3. Potestad disciplinaria, debido proceso, principio de legalidad de las faltas y sanciones disciplinarias y su vigencia en las disposiciones acusadas.

Como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, el cumplimiento de los fines del Estado requiere de "...un sistema jurídico enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas."[1].

Tal sistema obtiene entidad real y acorde con los cometidos estatales, mediante el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, entendida ésta como la facultad de sancionar a sus colaboradores, es decir a las personas naturales que ejercen funciones públicas a través de una relación legal y reglamentaria y aún en razón de la contractual, dentro de unos específicos límites constitucionales y legales que comportan la regulación de la responsabilidad legal de los particulares que desempeñen funciones públicas y de los servidores públicos, así como la forma de hacerla efectiva (C.P., arts. 123, 124, 125, 150-23 y 277).

Para adoptar un desarrollo legislativo sobre la materia, pretendiendo unificar la diversidad de regímenes disciplinarios, se expidió por el Congreso de la República la Ley 200 de 1995 o Código Disciplinario Unico (C.D.U.), a fin de que todos los servidores públicos -salvo los exceptuados constitucionalmente como en el evento de la fuerza pública (C.P., arts. 217 y 218)-, pudieran contar con un régimen que regulara lo relativo a sus derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, faltas, sanciones y procedimientos para tramitarlas, entre otros aspectos. Cada uno de los referidos temas obtuvo en dicha normatividad el tratamiento legal respectivo, y es precisamente en lo concerniente a las sanciones, en especial a las accesorias (capítulo segundo del Título III), hacia donde se dirige el cargo de inconstitucionalidad que hoy ocupa la atención de la Corte, por desconocimiento, según el actor, de los principios del debido proceso y de legalidad, toda vez que se cuestiona la falta de determinación de la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas (art. 30, num. 1o., parágrafo.), para efectos de su imposición.

Previo al estudio de la cuestión de fondo, cabe señalar que la Carta Política de 1991, a través de su normatividad, consagra la prevalencia de los derechos y garantías fundamentales substanciales de las personas, dentro de los cuales el derecho al debido proceso obtiene un

---

[1] Sentencia C-417/93, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

reconocimiento especial que interesa en el presente estudio, dado que "(...) se instituye en la Carta Política de 1991 como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata (arts. 29 y 85), que rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiéndolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas, y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten."[2].

Así pues, aparece como consecuencia inmediata de la vigencia de este derecho, el deber de adelantar los juzgamientos de las personas según las leyes preexistentes al acto que se les imputa, mediante autoridades competentes, imparciales e independientes, con observancia de las formas propias de cada juicio, con determinación de la responsabilidad de la conducta investigada, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente y la imposición proporcionada de las correlativas sanciones.

Por lo tanto, dentro del marco constitucional establecido en el artículo 29 superior, se tiene que las garantías mínimas del debido proceso deben aplicarse en las actuaciones administrativas, como ocurre con aquellas tendientes a cumplir con la finalidad de la investigación disciplinaria, en cuanto participan de dicha connotación administrativa, en virtud de la naturaleza misma de las autoridades que la instruyen y de las faltas y sanciones que la comprenden, con la consiguiente facultad sancionatoria que presenta y que hace que los principios del derecho penal, como los relativos a la presunción de inocencia, la defensa técnica, la publicidad procesal, la imparcialidad, la presentación y contradicción de las pruebas, y el principio de legalidad, entre otros, se apliquen "... mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento,...[3]", así como, para ejercer un control sobre la potestad punitiva del estado en el ámbito de lo disciplinario.

Ahora bien, en el asunto materia de examen constitucional se observa que la Ley 200 de 1995 (C.D.U), en los artículos 28, 29 y 30, clasifica las sanciones disciplinarias en principales y accesorias, presentando una relación de las mismas y estableciendo en el artículo 30 que configuran sanciones accesorias "las inhabilidades para ejercer funciones públicas en la forma y términos consagradas en la Ley 190 de 1995".

Cabe recordar aquí, que dicha clasificación proviene de la categorización general de la doctrina penal que identifica a las sanciones de naturaleza principal como autónomas y a las accesorias como aquellas que dependen o acceden a las anteriores. Es así como el parágrafo del artículo 30, demandado, determina una sanción constitutiva de inhabilidad para ejercer funciones públicas, en forma accesoria a la sanción principal que se le impone al inculpado, cuya conducta hubiese originado una falta disciplinaria.

Acerca de las sanciones accesorias dentro del régimen penal y el disciplinario esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

> *"2.2. El Código Penal, teniendo en cuenta la importancia o entidad de las penas, las clasifica en principales (prisión, arresto y multa, art. 41), según que se impongan de*

---

[2] Sentencia C-540/97, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

[3] Sentencia C-280/96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

manera autónoma, a consecuencia de una infracción penal, y accesorias (restricción domiciliaria, pérdida de empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicas, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, etc., art. 42), cuando suponen una pena principal a la cual se unen o acceden[4].

También la Ley 200 de 1995, "Código Disciplinario Unico", con el mismo criterio, establece para los infractores de las normas disciplinarias sanciones principales (amonestación escrita, multa, suspensión de funciones, terminación del contrato de trabajo de prestación de servicios, remoción, desvinculación del cargo según el art. 278 de la Constitución, pérdida de la investidura para miembros de las Corporaciones públicas, etc., art. 29), y sanciones accesorias, que están previstas en el artículo 30.

(...)

2.3. Observa la Corte, que ciertas inhabilidades, como se vio antes [refiriéndose a la de ejercer funciones públicas], sólo pueden surgir como consecuencia de condenas impuestas a través de sentencias judiciales, o bien de decisiones adoptadas en procesos disciplinarios, en virtud de las cuales se deduce la responsabilidad por un hecho ilícito o por la comisión de una falta disciplinaria".

(...)

La sanción consistente en la inhabilitación mencionada, constituye una pena accesoria, que es consecuencia de la responsabilidad deducida dentro del correspondiente proceso penal o disciplinario, y que comporta naturalmente la imposición de una pena principal.

Y juzgada la conducta penal o disciplinaria y, establecida por consiguiente la correspondiente responsabilidad, se ha asegurado dentro de la respectiva actuación procesal el derecho al debido proceso, que cobija tanto a la imposición de la pena principal como la de la accesoria."(Sentencia C-631 de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Pues bien, al estudiar los argumentos esgrimidos para sustentar la censura constitucional, se observa que estos hacen referencia al desconocimiento del debido proceso, por violación del principio de legalidad, en la mencionada sanción accesoria que allí mismo se estipula para la conducta objeto de censura disciplinaria, en cuanto no presenta una delimitación cuantitativa de la pena, es decir que, según el actor, no reúne los elementos esenciales de la "tipicidad" ya que no sólo las faltas deben estar señaladas, sino que también las sanciones deben estar predeterminadas.

Entonces, no se cuestiona propiamente la definición de la inhabilidad para ejercer funciones públicas como sanción accesoria por violación al régimen disciplinario, asunto que, a propósito, ya fue resuelto por esta Corporación en la sentencia C-310 de 1997, con ponencia del magistrado Doctor Carlos Gaviria Díaz, cuando esta Corporación declaró la exequibilidad del numeral 1o. del artículo 30 de la Ley 200 de 1995, precisándose en ella que la misma constituye un desarrollo acertado de una competencia legislativa. Por el contrario, para el demandante algunos de los presupuestos de aplicabilidad de la sanción, contenidos en el parágrafo demandado, contradicen el ordenamiento superior en los apartes que disponen, de un lado, imponer dicha inhabilidad a

[4] Reyes Echandía, Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Externado, 1981, p. 369.

los destinatarios de la ley como consecuencia de las faltas graves o gravísimas y, del otro, respecto de la potestad de señalamiento del fallador de la vigencia de la sanción, cuando quiera que la sanción principal la contemple, es decir, por la vulneración al principio de legalidad que supone la individualización de esa pena, que a su vez restringe la facultad sancionatoria del Procurador General de la Nación.

Conviene ante todo aclarar que el mencionado principio de legalidad debe tener suficiente validez y receptividad dentro del proceso administrativo sancionatorio, para brindar "... seguridad jurídica y la preexistencia de preceptos jurídicos *(lex previa)* que establezcan de manera clara *(lex certa)* las conductas infractoras y las sanciones correspondientes", y no admite, en el campo de las actuaciones administrativas, desconocimientos a sus contenidos mínimos esenciales en relación con su legalidad formal y tipicidad, a pesar de las restricciones ordinarias a las cuales se someten los derechos de los administrados, debido a la relación y sujeción que mantienen con el Estado[5].

De esta forma, el sometimiento a dicho principio permite desarrollar otro igual de necesario en el campo procesal del derecho sancionatorio disciplinario, como es el de la tipicidad, "... según el cual no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa, sino que, además, la sanción *debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta..."*[6] (Subraya fuera del texto).

En ese sentido, aparentemente, la impugnación que plantea el actor tendría cabida, ya que ciertamente el parágrafo del numeral 1o. del artículo 30, acusado, no precisa la temporalidad de la respectiva sanción accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas, situación que podría dar lugar a excesos en la dosificación punitiva; sinembargo, no se puede pasar por alto, que la misma Ley 200 de 1995 agrupa una serie de normas que en forma sistemática regulan los distintos aspectos relacionados con el régimen disciplinario de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas, mediante el señalamiento de principios rectores y regulaciones específicas de los distintos temas que la componen, que hacen que dicho texto legislativo no pueda ser interpretado en forma aislada, autónoma y desarticulada, sin la coherente referencia de la parte pertinente a la integralidad normativa, de manera sistemática.

Comoquiera que la regulación inicial de carácter general del C.D.U. (Título I, capítulo único) consagra una serie de principios rectores referentes, v.gr, a los principios de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia, cosa juzgada, favorabilidad, finalidad de la ley y de las sanciones disciplinarias y su prevalencia, se deduce como consecuencia lógica de interpretación legislativa, la aplicación de los efectos que genera en todo el texto, subordinando los alcances de sus contenidos normativos, de manera que, cobren vigencia al momento en que el fallador realice la labor de evaluación y aplicación del precepto de orden disciplinario, de conformidad con el espíritu y propósito legal que impulsó su expedición.

Lo anterior significa que el legislador, al disponer en dicha normatividad disciplinaria el imperio de principios rectores, incluyendo los de índole constitucional, penal y administrativa, para efectos de la interpretación y aplicación normativa, a fin de garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos (arts. 17 y 18), integró los asuntos que, en otros ordenamientos legales, se relacionan con la concreción de la respectiva sanción, derivada de la conducta reprobable en materia disciplinaria.

---

[5] Ver la Sentencia T-145/93, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[6] Sentencia C-280/96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

De consiguiente, el investigador de la falta disciplinaria, al momento de aplicar la inhabilidad para ejercer funciones públicas en los casos que la sanción principal la comporte, deberá resolver acerca de su duración, remitiéndose a la legislación penal, para lo cual la Sala advierte que en ningún momento la sanción accesoria podrá exceder la principal, situación que deberá definirse al momento de adoptar la correspondiente decisión.

Con base en lo expuesto se colige lo siguiente:

a) No obstante la remisión que se hace a la legislación penal, con el propósito de realizar la adecuación de la conducta castigada para efectos punitivos la pena aplicable continúa manteniendo su carácter administrativo, disciplinario y sancionatorio, dada la unidad que integra con las sanciones principales que surgen del mandato consagrado en el artículo 29 del C.D.U., pertenecientes a un mismo régimen disciplinario;

b) Por estar plenamente habilitado por la Constitución, el legislador puede conformar un marco normativo para el tratamiento de las conductas susceptibles de ser sancionadas, a partir de disposiciones localizadas en otros ordenamientos, siempre que presenten conformidad material y estén ajustadas a las formalidades pertinentes, como ocurre en el asunto bajo análisis, consagrando así en forma expresa la determinación misma de una pena;

c) En la labor de interpretación de una norma legal debe primar aquella que mejor se acomode a los principios y valores constitucionales, sin abusar de su propósito y literalidad, y haciendo prevalecer, como bien se anota en el concepto fiscal, la vigencia del principio de conservación del derecho[7], como producto de la función del legislador, el cual informa la labor de control constitucional que adelanta esta Corporación, respecto de las leyes proferidas por el Congreso de la República en ejercicio de su competencia.

Así, pues, bajo la necesaria interpretación integral de la Ley 200 de 1995 en armonía con el Código Penal (Decreto-ley 100 de 1980), surge la aplicación constitucional del principio de legalidad y de la tipicidad en la adopción de la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas del numeral 1o. del artículo 30 de esa ley, en lo concerniente a la determinación de la sanción que debe ser impuesta. Por ello, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, deberá tenerse en cuenta, no sólo la descripción previa de las faltas disciplinarias, sino también de los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas[8], dado que los aspectos cualitativos y cuantitativos de dicha sanción han sido definidos legalmente; el primero, como de naturaleza accesoria y, el segundo, mediante un límite máximo, claro y preciso, que sujeta la labor de tasación de la pena por el fallador, en desarrollo del principio de que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley (C.P., art. 230), debido a la potestad reglada que ejercen.

Igualmente, la inconformidad del accionante referente al establecimiento de la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas como consecuencia de faltas graves o gravísimas, no contraviene ninguna norma superior, toda vez que la regulación en esa dirección, forma parte de las materias propias de la competencia normativa del legislador, de conformidad con la facultad para establecer el régimen de responsabilidad de los particulares que desempeñen funciones públicas y de los servidores públicos, consagrada en los artículos 123 y 124 de la Constitución Política.

---

[7] Ver la Sentencia C-100/96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

[8] Ver la Sentencia C-417/93, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Por las mismas razones anotadas, tampoco tiene fundamento ni sustento, a juicio de esta Corporación, la afirmación que se plantea en el libelo, según la cual la falta de tipicidad respecto de la sanción accesoria disciplinaria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, afecta la facultad del Procurador General de la Nación para ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas y de imponer, por si o por medio de sus delegados, sanciones conforme a la ley (C.P., art. 277-6).

En consecuencia, los cargos formulados contra los apartes demandados del parágrafo del numeral 1o. del artículo 30 de la Ley 200 de 1995 deberán ser rechazados, por no haberse encontrado el quebrantamiento de los principios de legalidad y tipicidad en la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas que allí se consagra, razón por la cual se declarará la exequibilidad de los mismos, en la parte resolutiva de esta providencia.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES los apartes demandados del parágrafo del numeral 1o. del artículo 30 de la Ley 200 de 1995, con la advertencia de que trata la parte motiva de esta providencia.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNADEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-188
mayo 6 de 1998

CONTRIBUYENTES-Autonomía del legislador para definirlos/**EXENCIONES**-Autonomía del legislador para establecerlas

El legislador goza de autonomía para fijar el núcleo de contribuyentes favorecidos con la exención y no vulnera la Constitución por el sólo hecho de plasmarla, ya que es la propia Carta la que, de manera expresa, prevé la figura. Desde luego, las exenciones implican que quienes encajan en los supuestos normativos que las conceden se sustraen, por voluntad del legislador, de la obligación tributaria, que en cambio cobija a todos los demás sujetos pasivos de los gravámenes en cuestión. Sin embargo, la norma que consagre una exención tributaria puede resultar contraria a la Carta Política si, al ejercer su atribución, el Congreso desconoce alguno de los postulados del orden jurídico básico del Estado, uno de los principios que informan el sistema tributario (equidad, eficiencia y progresividad, según la enunciación del artículo 363 C.P.), o uno de los derechos o de las garantías fundamentales. Pero tal vulneración no podría deducirse de la sola diferencia de trato entre los contribuyentes, ya que toda exención la supone en cuanto es de su esencia distinguir entre los sujetos pasivos de los tributos, obligando a unos y excluyendo a otros del pago de determinado gravamen. La ruptura del equilibrio constitucionalmente previsto debería partir, para ser suficiente como fundamento de la inexequibilidad, de la absoluta ausencia de un motivo válido, objetivo y razonable basado en circunstancias especiales. De no ser sustentada la exención en elementos que la justifiquen, la Corte no podría hacer nada distinto de declarar su inconstitucionalidad, por violación del artículo 13 de la Carta Política. A la inversa, si, desde la perspectiva de las diferencias existentes, el juez de constitucionalidad corrobora que la exención se funda en razones que ameriten exonerar del tributo a algunos de aquellos que en principio, por reunir las características de ley, deberían ser sujetos pasivos del impuesto, la disposición que la consagra no lesiona el principio de igualdad y es exequible en la medida en que tampoco desconozca otros principios o mandatos constitucionales.

EXENCION TRIBUTARIA A ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

Los criterios constitucionales, que inspiran la prestación de los servicios públicos domiciliarios de manera eficiente y a toda la población, en el cumplimiento de una tarea que en principio se asigna al Estado -de manera que allí en donde los particulares no los presten debe él asumirlos aunque la actividad correspondiente no sea rentable o se vea precisado a conceder subsidios como lo contempla el artículo 368 de la Carta- justifican plenamente que el legislador exima a las empresas estatales o a aquellas en cuyo capital haya participación de entes públicos de la obligación de pagar impuestos nacionales, al menos durante un tiempo, con miras a facilitarles

el equilibrio financiero y asegurar así la más eficiente y amplia cobertura de su gestión en beneficio de la generalidad de los habitantes en los distintos puntos del territorio.

EXENCION TRIBUTARIA-No extensible a empresas particulares

Mal puede pensarse que el legislador estuviera obligado a extender a las empresas particulares la exención tributaria, que fue consagrada justamente como elemento integrante de la política general en la prestación de servicios públicos con miras a brindar a las entidades oficiales condiciones económicas que les permitieran mejorar la calidad de aquéllos y ampliar su cobertura. Esta finalidad social otorga cabal justificación a la diferencia en el trato tributario respecto de las empresas de carácter privado que, no obstante tener el mismo objeto, no tienen a cargo la responsabilidad que sí corresponde al Estado según la Carta.

CONGRESO-Fijación de la política tributaria/**EXENCION TRIBUTARIA**-Delimitación

El Congreso, al fijar la política tributaria del Estado, tiene no sólo la facultad sino el deber de imponer los tributos que se requieran para asegurar el cumplimiento de sus finalidades sociales y para redistribuir los ingresos, en guarda de la equidad. De modo que no puede alegarse la libertad de competencia como limitante a la potestad que constitucionalmente se le confiere. Entonces, ni es inconstitucional per se *la ley que establezca nuevos tributos, ni lo es la que señale los sujetos pasivos de los mismos, ni tampoco la que delimite el ámbito de las exenciones tributarias. La Constitución no le impone hacerlas generales e indiscriminadas, como aquí lo quiere el demandante, pues ello podría implicar la anulación o la inutilidad del objetivo básico que la tributación persigue en toda sociedad organizada. Por ello, toda exención es precisamente excepcional y delimitada en sus alcances.*

Referencia: Expediente D-1856.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 97 (parcial) de la Ley 223 de 1995.

Actor: Marcel Tangarife Torres.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Marcel Tangarife Torres, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, ha presentado ante la Corte una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 97 (parcial) de la Ley 223 de 1995.

Cumplidos como están los trámites y requisitos exigidos en el Decreto 2067 de 1991, se entra a resolver.

II. TEXTO

A continuación se transcribe, subrayando lo demandado, el texto de las disposiciones objeto de proceso:

"Ley 223 de 1995

(diciembre 20)

por la cual se expiden normas sobre Racionalización Tributaria y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...)

Artículo 97. Exención para Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. El artículo 211 del Estatuto Tributario quedará así:

"Artículo 211. Exención para Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. Todas las entidades prestadoras de servicios públicos son contribuyentes de los impuestos nacionales, en los términos definidos por el Estatuto Tributario, con las excepciones que se establecen a continuación:

"Las rentas provenientes de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y las de aseo ***cuando sean obtenidas por entidades oficiales o sociedades de economía mixta,*** *y las actividades complementarias de los anteriores servicios determinadas en la Ley 142 de 1994, están exentas del impuesto sobre la renta y complementarios por un período de siete (7) años a partir de la vigencia de esta ley, sobre las utilidades que capitalicen o que apropien como reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas.*

"Gozarán de esta exención, durante el mismo período mencionado, las rentas provenientes de la transmisión o distribución domiciliaria de energía eléctrica. Para tal efecto, las rentas de la generación y de la distribución deberán estar debidamente separadas en la contabilidad.

"Así mismo, las rentas provenientes de la generación de energía eléctrica y las de los servicios públicos domiciliarios de gas y de telefonía local, y su actividad complementaria de telefonía móvil rural, ***cuando éstas sean obtenidas por entidades oficiales o sociedades de economía mixta,*** *estarán exentas del impuesto sobre la renta y complementarios por un término de ocho (8) años, sobre las utilidades que capitalicen o que apropien como reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas, de acuerdo con los siguientes porcentajes:*

Para el año gravable 1996 100% exento

Para el año gravable 1997 90% exento

Para el año gravable 1998 80% exento

Para el año gravable 1999 70% exento

Para el año gravable 2000 60% exento

Para el año gravable 2001 40% exento

Para el año gravable 2002 20% exento

Para el año gravable 2003 y siguientes 0% exento."

Parágrafo 1. Para efectos de la sobretasa en el sector del gas de que trata el numeral 89.5 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, se entenderá para todos los efectos que dicha sobretasa será hasta del veinte por ciento (20%) del costo económico del suministro en puerta de ciudad.

Parágrafo 2. Para los efectos de la sobretasa o contribución especial en el sector eléctrico de que trata el artículo 47 de la Ley 143 de 1994, se aplicará para los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas, para los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6 y para los usuarios no residenciales, el 20% del costo de prestación del servicio.

Parágrafo 3. Las empresas generadoras que se establezcan a partir de la vigencia de esta ley y cuya finalidad sea exclusivamente la generación de energía eléctrica con base en carbones de tipo térmico y energía solar como combustible primario, y estén provistas de equipos adecuados para producir un bajo impacto ambiental, estarán exentas del impuesto de renta y complementarios por un término de veinte (20) años.

Parágrafo 4. Las empresas generadoras que se reestructuren o se establezcan con la finalidad exclusiva de generar y comercializar energía eléctrica con base en el aprovechamiento del recurso hídrico y de capacidad instalada inferior a veinticinco mil (25.000) kilovatios, estarán exentas del impuesto de renta y complementarios por un término de veinte (20) años a partir de la vigencia de esta Ley. Esta exención debe ser concordante con la retención en la fuente en lo referente a las entidades no sujetas a retención"

III. LA DEMANDA

Considera el demandante que los apartes normativos acusados vulneran los artículos 13, 95, 333 y 363 de la Carta Política.

Manifiesta que no es justo ni equitativo, y por tanto desconoce el principio de igualdad, establecer exenciones únicamente para las empresas que tienen capital estatal, en detrimento de las privadas, no obstante que ambas prestan el mismo servicio público y deberían gozar de iguales oportunidades para obtener la exención consagrada en la disposición acusada siempre y cuando cumplan con la condición de capitalizar o apropiar las utilidades como reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas. Ello -afirma- genera un desequilibrio en la prestación del servicio.

En su criterio, el encabezamiento del artículo 97 objeto de acción no contempla ninguna discriminación, lo que hace aún más ostensible la inconstitucionalidad del aparte acusado.

Asegura que igualmente se desconoce el principio constitucional de contribución al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad, y que en particular se vulnera el "principio de equidad horizontal" y expresa que, a su juicio, para que se cumplan tales principios, todos los entes deben contribuir en igual forma y gozar de las mismas exenciones, siendo inadmisible que el Estado desestimule a los de carácter privado.

Aduce que, a la luz de la Constitución, para no desconocer sus garantías mínimas, se debe dar un tratamiento igual a los contribuyentes que se encuentren en una misma situación, y concluye afirmando que restringe la libre competencia de los particulares.

IV. INTERVENCIONES

El ciudadano Carlos Eduardo Serna Barbosa, actuando en su calidad de apoderado del Ministerio de Desarrollo Económico, solicita a la Corte que declare la exequibilidad de la norma acusada por considerar que no infringe precepto constitucional alguno.

En su concepto, la igualdad no es una simple ecuación matemática, sino que va más allá, pues, como en el caso bajo estudio, tiene que ver con la igualdad en el acceso a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, ya que la norma se refiere a aquélla que se predica de las personas naturales y no a las jurídicas.

Manifiesta que el legislador está facultado para determinar en materia tributaria los sujetos activos y los pasivos, así como para establecer exenciones, sin que por ello vulnere la Carta Política. Al respecto cita la Sentencia C-393 de 1996, proferida por esta Corte.

El ciudadano José Edilberto Bohórquez Ramírez, obrando en su calidad de apoderado de la Superintendencia de Servicios Públicos, presenta escrito tendiente a justificar la constitucionalidad de la disposición acusada.

Considera lógica y aceptable la intención del legislador en el sentido de establecer exenciones tributarias a las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial o mixtas, en cuanto éstas, cuando obtienen superávit, lo reinvierten totalmente en el mejoramiento de la calidad del servicio que prestan, el cual se traduce en un mayor beneficio a los usuarios, mientras que con las empresas privadas no sucede lo mismo.

Así las cosas, no se rompe el principio de igualdad establecido en la Carta Política, además de que el legislador está facultado por la propia Constitución para establecer exenciones, eso sí sujeto a los parámetros establecidos en ella.

La ciudadana Mónica Fonseca Jaramillo, obrando en su calidad de apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicita la constitucionalidad del aparte normativo demandado.

Asegura que efectivamente se establece una desigualdad que afecta a los particulares que prestan servicios públicos domiciliarios, pero dice que ella tiene una justificación objetiva, ya que éstos, al incursionar en dicha actividad, no lo hacen con un fin altruista, como sí ocurre con las empresas estatales, pues el Estado busca el bien común, sin tener en cuenta las utilidades que pueda generar la prestación del servicio.

Por lo anterior, considera que el Estado y los particulares no pueden ser puestos en el mismo plano de igualdad, como lo pretende el actor, de tal forma que se justifica la exención prevista en el artículo 97 de la Ley 223 de 1995.

El ciudadano Francisco José de Luque Alonso, obrando como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, manifiesta que la norma debe ser declarada exequible, ya que no vulnera los principios de igualdad ni de libre competencia.

Afirma que, por el contrario, en desarrollo de los mismos, otorga al Estado los mecanismos indispensables para cumplir sus fines y atender el cubrimiento del servicio en aquéllos sectores en los cuales, por sus específicas condiciones, los particulares no pueden invertir, ya que el ente estatal no está autorizado para obligarlos a que trabajen a pérdida.

El interviniente señala, en relación con el inciso 2 de la norma impugnada:

> "Podemos observar que la conjunción temporal "cuando" sólo está enlazando al servicio público de aseo con la condición de que las rentas sean obtenidas por entidades oficiales o sociedades de economía mixta, lo cual quiere decir que en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado la exención otorgada por la ley cobija a todas las Empresas prestadoras de estos servicios.
>
> Por su parte, el inciso cuarto del artículo 97 se encuentra redactado de la siguiente manera:
>
> 'Así mismo, las rentas provenientes de la generación de energía eléctrica y las de los servicios públicos domiciliarios de gas y de telefonía local, **y su actividad complementaria de telefonía móvil rural, cuando éstas sean obtenidas por entidades oficiales o sociedades de economía mixta...**' (resaltado fuera de texto).
>
> En este sentido, la conjunción copulativa "y" antecedida por una coma, seguida por la conjunción temporal "cuando", denotan la afectación, únicamente, del servicio de telefonía móvil rural con la condición de que sus rentas sean obtenidas por entidades

oficiales o sociedades de economía mixta, lo que permite concluir que todas las empresas de servicios públicos dedicadas a la generación de energía, gas y telefonía local gozan de la exención otorgada".

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte que declare la constitucionalidad del aparte acusado del artículo 97 de la Ley 223 de 1995.

Manifiesta que la medida adoptada por el legislador es un acto propio de la política fiscal y busca fomentar la capitalización y el ahorro de determinadas reservas, respondiendo así a la necesidad de mejorar la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Con la exención tributaria establecida -afirma- se fortalecen financieramente las entidades que participan en el cumplimiento de las actividades reguladas por el artículo 365 de la Carta Política.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para decidir en definitiva sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política.

2. El asunto materia de examen. Atribuciones del legislador para señalar los sujetos pasivos de los impuestos y para establecer exenciones

El actor pretende demostrar que las normas acusadas son inconstitucionales por injustas e inequitativas, en cuanto establecen exenciones únicamente para las empresas de servicios públicos domiciliarios que tienen capital estatal y no para las privadas que cumplen la misma actividad.

La norma objeto de proceso, que modifica el artículo 211 del Estatuto Tributario, principia declarando que todas las entidades prestadoras de servicios públicos son contribuyentes de los impuestos nacionales.

A renglón seguido, el artículo atacado contempla las excepciones a ese principio. Entre éstas, que son de interpretación restrictiva como corresponde a su naturaleza, el legislador estatuye que las rentas provenientes de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y las de aseo, "cuando sean obtenidas por entidades oficiales o sociedades de economía mixta", y las actividades complementarias de los anteriores servicios están exentas del impuesto sobre la renta y complementarios por un período de siete (7) años a partir de la vigencia de la Ley, sobre las utilidades que capitalicen o que apropien como reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas.

Agrega que gozarán de esta exención, durante el mismo período mencionado (7 años), las rentas provenientes de la transmisión o distribución domiciliaria de energía eléctrica. Para tal efecto -termina diciendo la norma-, las rentas de la generación y de la distribución deberán estar debidamente separadas en la contabilidad.

El precepto alude después a otros servicios públicos domiciliarios: los de generación de energía eléctrica, gas, telefonía local y su actividad complementaria de telefonía móvil rural. Las rentas provenientes de ellos, según la disposición legal, estarán exentas del impuesto sobre la renta y complementarios por un término de ocho (8) años, sobre las utilidades que capitalicen o que apropien como reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas, de

acuerdo con los porcentajes señalados en el mismo texto, cuando tales rentas "sean obtenidas por entidades oficiales o sociedades de economía mixta".

Ha sido constante la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que el legislador no solamente está autorizado por la Constitución sino que, según ella (artículos 150-12 y 338 C.P.), es la autoridad competente para establecer tributos (impuestos, tasas y contribuciones) del orden nacional y, por supuesto, para señalar en cada uno de ellos los hechos y bases gravables, los sujetos activos, los sujetos pasivos y las tarifas correspondientes.

Debe reiterarse esa doctrina, expresada en los siguientes términos:

> "... la atribución de legislar en materia tributaria, principalmente encomendada al Congreso de la República, es lo bastante amplia y discrecional como para permitirle fijar los elementos básicos de cada gravamen atendiendo a una política tributaria que el mismo legislador señala, siguiendo su propia evaluación, sus criterios y sus orientaciones en torno a las mejores conveniencias de la economía y de la actividad estatal.
>
> Así, mientras las normas que al respecto establezca no se opongan a los mandatos constitucionales, debe reconocerse como principio el de la autonomía legislativa para crear, modificar y eliminar impuestos, tasas y contribuciones nacionales, así como para regular todo lo pertinente al tiempo de su vigencia, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, las tarifas y las formas de cobro y recaudo"
>
> (...)
>
> "... en tiempo de paz, es al Congreso al que corresponde legislar en materia tributaria, con toda la amplitud que se atribuye a tal concepto, mediante la creación, modificación, disminución, aumento y eliminación de impuestos, tasas y contribuciones, bien que éstas sean fiscales o parafiscales; la determinación de los sujetos activos y pasivos; la definición de los hechos y bases gravables y las tarifas correspondientes (Artículos 150-12 y 338 C.P.)" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-222 del 18 de mayo de 1995).

También ha dicho la Corte que, en relación con los tributos nacionales establecidos, es el Congreso el ente facultado por la Constitución para contemplar exenciones, siempre que lo haga por iniciativa del Gobierno (art. 154 C.P.). A él corresponde, entonces, con base en la política tributaria que traza, evaluar la conveniencia y oportunidad de excluir a ciertos tipos de personas, entidades o sectores del pago de los impuestos, tasas y contribuciones que consagra, ya sea para estimular o incentivar ciertas actividades o comportamientos, o con el propósito de reconocer situaciones de carácter económico o social que ameriten la exención:

> "Quien está autorizado por la Constitución para establecer un impuesto goza necesariamente de la competencia para disponer quiénes habrán de pagarlo y para decidir, según su libre apreciación, cuáles serán los casos de exención o exclusión aplicables" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-587 del 7 de diciembre de 1995).

Desde luego, las exenciones implican que quienes encajan en los supuestos normativos que las conceden se sustraen, por voluntad del legislador, de la obligación tributaria, que en cambio cobija a todos los demás sujetos pasivos de los gravámenes en cuestión.

El legislador goza de autonomía para fijar el núcleo de contribuyentes favorecidos con la exención y no vulnera la Constitución por el sólo hecho de plasmarla, ya que es la propia Carta la que, de manera expresa, prevé la figura (arts. 154 y 294 C.P.).

Sin embargo, la norma que consagre una exención tributaria puede resultar contraria a la Carta Política si, al ejercer su atribución, el Congreso desconoce alguno de los postulados del orden jurídico básico del Estado, uno de los principios que informan el sistema tributario (equidad, eficiencia y progresividad, según la enunciación del artículo 363 C.P.), o uno de los derechos o de las garantías fundamentales.

Podría ser demostrado, entonces, que en el caso específico de una exención tributaria se vulnerase el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.), aquí invocado por el actor, y ello comportaría la ruptura de la equidad y de la justicia (arts. 95-9 y 363 C.P.), y la consiguiente inexequibilidad del precepto que la hubiese configurado.

Pero tal vulneración no podría deducirse de la sola diferencia de trato entre los contribuyentes, ya que toda exención la supone en cuanto es de su esencia distinguir entre los sujetos pasivos de los tributos, obligando a unos y excluyendo a otros del pago de determinado gravamen. La ruptura del equilibrio constitucionalmente previsto debería partir, para ser suficiente como fundamento de la inexequibilidad, de la absoluta ausencia de un motivo válido, objetivo y razonable basado en circunstancias especiales. De no ser sustentada la exención en elementos que la justifiquen, la Corte no podría hacer nada distinto de declarar su inconstitucionalidad, por violación del artículo 13 de la Carta Política. A la inversa, si, desde la perspectiva de las diferencias existentes, el juez de constitucionalidad corrobora que la exención se funda en razones que ameriten exonerar del tributo a algunos de aquellos que en principio, por reunir las características de ley, deberían ser sujetos pasivos del impuesto, la disposición que la consagra no lesiona el principio de igualdad y es exequible en la medida en que tampoco desconozca otros principios o mandatos constitucionales.

En el presente caso, la exención de impuestos nacionales prevista por las normas demandadas se refiere a las rentas obtenidas en el curso de la actividad correspondiente por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios que sean entidades oficiales o sociedades de economía mixta. Tales ingresos están exentos del impuesto sobre la renta y complementarios por períodos de siete y ocho años respectivamente, según el tipo de servicio prestado, contados a partir de la vigencia de la Ley 223 de 1995.

Para la Corte resulta evidente que el legislador quiso reafirmar, en cuanto a empresas prestadoras de servicios públicos, su carácter general de sujetos pasivos de obligaciones tributarias del orden nacional. Y ello es congruente con su función al respecto, derivada de modo directo del artículo 338 de la Constitución.

Si el Congreso así lo hubiera querido -estaba en ejercicio de sus atribuciones-, habría podido no consagrar exenciones, o establecerlas siguiendo criterios distintos de los que finalmente imperaron, referentes al carácter domiciliario de los servicios públicos favorecidos con la excepción y a la naturaleza pública de las entidades prestadoras de aquéllos.

Pero el legislador quiso ir más allá, por razones de interés público, predominantes en el Estado Social de Derecho, y optó por consagrar las exenciones dichas. Le era posible al respecto seleccionar uno u otro grupo de posibles contribuyentes y en efecto escogió a las entidades públicas y a las sociedades de economía mixta prestadoras de los servicios públicos en cuestión.

Para definir si ello es o no constitucional, deben tenerse en cuenta varios fundamentos, que fluyen con claridad de las propias normas de la Carta y de su desarrollo jurisprudencial.

Los servicios públicos, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución, son inherentes a la finalidad social del Estado, que tiene el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los

habitantes del territorio nacional. Según el artículo 366 de la Carta, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado.

Aunque los particulares pueden prestar servicios públicos (art. 365), bajo la inspección y vigilancia oficial, la responsabilidad fundamental por su prestación corresponde al Estado, a cuyo cargo se encuentran la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

De conformidad con el artículo 367 de la Constitución, la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario, "que tendrá en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos" (subraya la Corte).

Los aludidos criterios constitucionales, que inspiran la prestación de los servicios públicos domiciliarios de manera eficiente y a toda la población, en el cumplimiento de una tarea que en principio se asigna al Estado -de manera que allí en donde los particulares no los presten debe él asumirlos aunque la actividad correspondiente no sea rentable o se vea precisado a conceder subsidios como lo contempla el artículo 368 de la Carta- justifican plenamente que el legislador exima a las empresas estatales o a aquellas en cuyo capital haya participación de entes públicos de la obligación de pagar impuestos nacionales, al menos durante un tiempo, con miras a facilitarles el equilibrio financiero y asegurar así la más eficiente y amplia cobertura de su gestión en beneficio de la generalidad de los habitantes en los distintos puntos del territorio.

Las circunstancias del Estado y de los particulares que prestan servicios públicos son diferentes, si se tiene en cuenta la responsabilidad básica que aquél asume: las empresas privadas gozan en principio de opción -dentro de su libertad de empresa- para escoger los sitios y las condiciones que puedan hacer su actividad más rentable y productiva, al paso que el Estado no puede entrar en distinciones territoriales ni seleccionar los mejores mercados, ya que su función es, según lo dicho, asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, en especial los domiciliarios, en todo el territorio nacional y a todos sus habitantes.

Así las cosas, mal puede pensarse que el legislador estuviera obligado a extender a las empresas particulares la exención tributaria en mención, que fue consagrada justamente como elemento integrante de la política general en la prestación de servicios públicos con miras a brindar a las entidades oficiales condiciones económicas que les permitieran mejorar la calidad de aquéllos y ampliar su cobertura. Esta finalidad social otorga cabal justificación a la diferencia en el trato tributario respecto de las empresas de carácter privado que, no obstante tener el mismo objeto, no tienen a cargo la responsabilidad que sí corresponde al Estado según la Carta.

No puede olvidarse que, como lo consigna el artículo 333 de la Constitución, toda empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. Tampoco se pierda de vista que el Estado debe intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (art. 334 C.P.).

Obsérvese que, por otra parte, la misma norma constitucional ordena al Estado intervenir "para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos".

La Corte no acoge el argumento esbozado por el actor en el sentido de que la normatividad impugnada vulnera el derecho a la libre competencia, garantizado a todas las personas por el artículo 333 de la Constitución, pues la misma disposición superior señala de manera expresa

que él supone responsabilidades. Una de ellas -que es simultáneamente un deber ciudadano de origen constitucional- la que exige "contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad" (art. 95, numeral 9, C.P.).

Los conceptos de libertad económica y de libre iniciativa privada no son absolutos y, por el contrario, se encuentran forzosamente enmarcados dentro de postulados constitucionales de superior categoría que los restringen. Se ejercen, como dice la norma del artículo 333 de la Carta, "dentro de los límites del bien común", bajo los supuestos y objetivos prioritarios del Estado Social de Derecho y de la función social, y con el carácter relativo que corresponde a un sistema en el cual el Estado es director de la economía y no mero observador de los acontecimientos que la afectan.

En ese orden de ideas, el Congreso, al fijar la política tributaria del Estado, tiene no sólo la facultad sino el deber de imponer los tributos que se requieran para asegurar el cumplimiento de sus finalidades sociales y para redistribuir los ingresos, en guarda de la equidad. De modo que no puede alegarse la libertad de competencia como limitante a la potestad que constitucionalmente se le confiere. Entonces, ni es inconstitucional *per se* la ley que establezca nuevos tributos, ni lo es la que señale los sujetos pasivos de los mismos (art. 338 C.P.), ni tampoco la que delimite el ámbito de las exenciones tributarias. La Constitución no le impone hacerlas generales e indiscriminadas, como aquí lo quiere el demandante, pues ello podría implicar la anulación o la inutilidad del objetivo básico que la tributación persigue en toda sociedad organizada. Por ello, toda exención es precisamente excepcional y delimitada en sus alcances.

La norma acusada, en los apartes objeto de ataque, será declarada exequible.

Pero, además, como existe evidente conexidad material con los demás componentes del artículo, salvo en el caso de los parágrafos, la Corte halla del caso configurar la proposición jurídica que otorgue a la disposición objeto de análisis un sentido completo, coherente y unívoco, por lo cual la decisión de exequibilidad cobijará los incisos aquí analizados, en su totalidad.

DECISION

Con fundamento en las expuestas consideraciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites que contempla el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE el artículo 97 de la Ley 223 de 1995, que modificó el 211 del Estatuto Tributario, en la parte que dice:

> "Artículo 97. Exención para Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. El artículo 211 del Estatuto Tributario quedará así:
>
> "Artículo 211. Exención para Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. Todas las entidades prestadoras de servicios públicos son contribuyentes de los impuestos nacionales, en los términos definidos por el Estatuto Tributario, con las excepciones que se establecen a continuación:
>
> "Las rentas provenientes de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y las de aseo cuando sean obtenidas por entidades oficiales o sociedades de economía mixta, y las actividades complementarias de los anteriores servicios determinadas en la Ley 142 de 1994, están exentas del impuesto sobre la renta y complementarios por un período de siete (7) años a partir de la vigencia de esta ley,

sobre las utilidades que capitalicen o que apropien como reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas.

"Gozarán de esta exención, durante el mismo período mencionado, las rentas provenientes de la transmisión o distribución domiciliaria de energía eléctrica. Para tal efecto, las rentas de la generación y de la distribución deberán estar debidamente separadas en la contabilidad.

"Así mismo, las rentas provenientes de la generación de energía eléctrica y las de los servicios públicos domiciliarios de gas y de telefonía local, y su actividad complementaria de telefonía móvil rural, cuando éstas sean obtenidas por entidades oficiales o sociedades de economía mixta, estarán exentas del impuesto sobre la renta y complementarios por un término de ocho (8) años, sobre las utilidades que capitalicen o que apropien como reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas, de acuerdo con los siguientes porcentajes:

Para el año gravable 1996 100% exento

Para el año gravable 1997 90% exento

Para el año gravable 1998 80% exento

Para el año gravable 1999 70% exento

Para el año gravable 2000 60% exento

Para el año gravable 2001 40% exento

Para el año gravable 2002 20% exento

Para el año gravable 2003 y siguientes 0% exento."

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

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

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-189
mayo 6 de 1998

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES/AUTONOMIA DE LA CONTRALORIA

La consagración de ramas del poder y de órganos autónomos se lleva a cabo "con el propósito no sólo de buscar mayor eficiencia en el logro de los fines que le son propios, sino también, para que esas competencias así determinadas, en sus límites, se constituyeran en controles automáticos de las distintas ramas entre sí, y, para, según la afirmación clásica, defender la libertad del individuo y de la persona humana". En tal contexto, la Carta otorga no sólo autonomía orgánica sino también unas funciones propias y específicas a las contralorías, por lo cual es claro que estos órganos de control no hacen parte de la Rama Ejecutiva ni desarrollan, como actividad, principal tareas administrativas, como las que adelantan la administración central y las administraciones seccionales.

CONTRALORIAS-Naturaleza

Las contralorías no hacen parte de la rama administrativa, ni ejercen funciones de gobierno o de ejecución administrativa, salvo aquellas estrictamente referidas a su organización interna, puesto que su tarea constitucional es esencialmente de control.

FUNCION ADMINISTRATIVA ACTIVA Y PASIVA

La función administrativa activa es aquella por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa. Esta función administrativa activa es esencial y propia de la rama ejecutiva, pero no es exclusiva de ella, pues en los otros órganos del Estado también es necesario que los servidores públicos adelanten actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines.

CONTRALORIA-Ejercicio de función administrativa/**INTERPRETACION SISTEMATICA**

Para la Corte es claro que cuando el artículo 267 de la Constitución establece que las contralorías sólo ejercen aquellas funciones administrativas inherentes a su organización, la norma constitucional se refiere a la administración activa, esto es al desarrollo de labores de ejecución propias para el cumplimiento de los fines de la entidad. En efecto, un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y de los propios debates en la Asamblea

muestra que la voluntad del Constituyente fue evitar ante todo la coadministración por los órganos de control, por lo cual quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión). Así, no sólo el artículo 119 atribuye a esa entidad la "vigilancia de la gestión fiscal" sino que, además, el citado informe ponencia sobre la estructura del Estado, luego de señalar que los actos de la Contraloría no deberían ser calificados de "administrativos", se aclara el sentido de esa precisión.

ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTO JURISDICCIONAL-Diferencias

Existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos. De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. En efecto, lo propio del juez es que no sólo deber estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad). Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos. Desde el punto de vista constitucional, la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional es en el fondo el carácter definitivo o no de la decisión tomada por la autoridad estatal.

ACTOS DE CONTROL FISCAL-Naturaleza administrativa

En general, todo ejercicio de una función administrativa, en el sentido de ejecución administrativa, se hace por medio de actos administrativos, por el contrario no todos los actos administrativos son expresión de una función administrativa, ya que pueden desarrollar otras funciones del Estado, como las funciones de control o de organización electoral. Por ende, no es incompatible con la autonomía de las funciones de control que sus actos sean calificados por la ley como administrativos, pues ello no confiere naturaleza administrativa a la actuación del órgano sino que simplemente señala que, debido a la ausencia de los requisitos de imparcialidad, independencia e inamovilidad de los funcionarios que los emiten, estos actos no son definitivos, pues pueden ser revisados por los jueces en cuestión. Por el contrario, si tales funcionarios reúnen las calidades propias de un juez, bien puede el ordenamiento conferirle efectos definitivos, estos es, jurisdiccionales a su decisión. Es más, la propia Carta y la jurisprudencia de la Corte muestran con claridad esa diferencia en materia de control disciplinario: así, las decisiones de la Procuraduría o de los superiores jerárquicos del investigado son administrativas, mientras que los fallos del Consejo Superior de la Judicatura son judiciales, y eso a pesar de que en todos los casos se trata del desarrollo de una función de control disciplinario.

PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Naturaleza administrativa

Los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos,

atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada. La Corte señaló entonces que los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa.

AUTONOMIA DE LA CONTRALORIA-Revisión de sus actos

La Contraloría, si bien es un órgano autónomo, no es autárquico y se encuentra sometido a controles y, en especial, al principio de legalidad. Por lo cual en principio nada se puede objetar a que el Congreso regule la naturaleza de estos procesos y les atribuya carácter administrativo. Por todo lo anterior, la eventual revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo no puede ser entendida como un desconocimiento de la autonomía de ese órgano de control, sino como una consecuencia del principio de que en un Estado de derecho no puede haber acto estatal sin control. Es más, la estructura misma de la Contraloría, esto es, su organización jerárquica y administrativa, es congruente con la necesidad de que sus actuaciones puedan ser impugnadas ante un órgano que reúna las calidades propias de los funcionarios judiciales, como la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

CORTE CONSTITUCIONAL-Carece de competencia para completar vacios, resolver contradicciones, actualizar la legislación

No es función de este tribunal completar los vacíos ni resolver las contradicciones de una determinada rama de la legislación, como puede ser el derecho fiscal. En efecto, la tarea básica del tribunal constitucional en una democracia constitucional, como guardián de la integridad y supremacía de la Carta, sigue siendo la de expulsar del ordenamiento las normas inconstitucionales producidas por el legislador ordinario o extraordinario ya que sólo excepcionalmente puede efectuar un desarrollo directo de las disposiciones constitucionales. En efecto, una cosa es que la Constitución sea una norma directamente aplicable por los jueces, imperativo que se desprende claramente del artículo 4° superior, y otra muy diferente, que corresponda a la Corte Constitucional actualizar la legislación, lo cual desborda claramente las funciones de este tribunal. Además, para realizar los cambios legislativos, la propia Constitución ha conferido a los ciudadanos amplios mecanismos de participación política.

LEGISLACION FISCAL-Actualización no puede hacerse por control constitucional/
VACIOS LEGISLATIVOS-Utilización de analogía o doctrina constitucional

Esa actualización de la legislación fiscal no puede hacerse por medio del control constitucional de las leyes, pues para tal efecto la Carta prevé otras instancias. Así, por medio del proceso político se pueden desechar o reformar las normas que se consideren inconvenientes, caducas o incompletas. Igualmente, muchas de las eventuales contradicciones normativas pueden ser resueltas, por vía de interpretación, por las autoridades encargadas de aplicar las leyes en casos concretos, quienes podrán determinar cuál es la norma vigente en determinado punto, para lo cual existen clásicas reglas de solución de conflictos entre disposiciones, como ley posterior deroga ley anterior o la norma especial se debe preferir a la norma general. O igualmente se pueden completar los eventuales vacíos legislativos por medio de procedimientos de integración normativa, como la analogía, o aplicando la doctrina constitucional.

Referencia: Expediente D-1859.

Normas acusadas: Artículos 80 (parcial) y 81 (parcial) de la Ley 42 de 1993.

Demandante: Elsa Beatriz Tobón Duarte.

Temas: Distinción entre el ejercicio de una función administrativa y la calificación de un acto como administrativo.

Diferencia entre administración activa o de ejecución y administración pasiva o de control.

El sentido de la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional.

Naturaleza administrativa de los procesos de responsabilidad fiscal, revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y autonomía constitucional de la Contraloría.

Control constitucional y actualización de una rama de la legislación.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Elsa Beatriz Tobón Duarte presenta demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 80 (parcial) y 81 (parcial) de la Ley 42 de 1993, la cual fue radicada con el número D-1859. Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISION

A continuación se transcriben los artículos 80 y 81 de la Ley 42 de 1993, parcialmente demandados, y se subrayan los apartes acusados.

"LEY 42 DE 1993

(enero 26)

"Sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen"

"Artículo 80. Si el acto administrativo que da apertura al juicio fiscal no se hubiere podido notificar personalmente, una vez transcurrido el término para su notificación por edicto, la Contraloría designará un apoderado de oficio para que represente al presunto responsable en el juicio.

Parágrafo. Los órganos de control fiscal podrán designar para este efecto a los miembros de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho.

Artículo 81. Terminado el proceso se declarará por providencia motivada el fallo respectivo, el cual puede dictarse con o sin responsabilidad fiscal, y será notificado a los interesados.

El fallo con responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra él proceden los recursos y acciones de ley.

Parágrafo. La responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que hubiere lugar.

III. LA DEMANDA

La actora considera que los apartes demandados violan los artículos 113, 117, 121 y 267 ordinal 4° de la Constitución. Según su criterio, la actividad fiscalizadora es distinta de la otras funciones tradicionales del Estado, por lo cual la Constitución de 1991 no sólo estableció la autonomía de los órganos de control sino que, explícitamente, durante los debates en Subcomisión II de la Asamblea Constituyente, los Constituyentes señalaron con claridad que orgánicamente "las contralorías no forman parte de ninguna de las tradicionales ramas del poder público", por lo cual se entiende que los actos de esta entidad no son legislativos ni jurisdiccionales ni administrativos. Para sustentar su afirmación, la actora transcribe amplios apartes del Informe Ponencia sobre la estructura del Estado rendido por los Constituyentes, en donde, en particular, se señala que las contralorías expiden "actos administrativos, pero sólo en los asuntos inherentes a su propia organización, de la misma forma que las ramas jurisdiccionales o legislativa expiden este tipo de actos pero sólo de manera secundaria", por lo cual se entiende que en "desarrollo de su función fiscalizadora, sus actos son de naturaleza, contenido y objeto distintos, sus actos son de control, de vigilancia, o en otros términos más precisos, son actos fiscalizadores".

Con base en lo anterior, la demandante considera que el acto proferido dentro de un proceso de responsabilidad fiscal no es inherente a la propia organización de la Contraloría, por lo cual es un "acto fiscalizador, de naturaleza jurisdiccional porque comporta un pronunciamiento del órgano fiscal respecto a determinados sujetos que en desarrollo de su gestión fiscal quebrantaron los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales, señalados como fundamentos para la vigilancia fiscal." Por ello, según su criterio, permitir que se instaure "una acción de nulidad y restablecimiento para desestimar los efectos de un fallo con responsabilidad, es someter a juicio de una rama independiente y ajena al órgano de control, los mismos hechos que sirvieron de fundamento para determinar la responsabilidad fiscal" Las normas acusadas vulneran entonces el principio de autonomía e independencia que la Carta otorgó a las contralorías, por lo cual deben ser declaradas inexequibles, sin que ello signifique que la actuación de la contraloría quede sin control, pues subsisten tres, a saber:

"El primero, ejercido durante el desarrollo del mismo por el Ministerio Público conforme lo establece el Código de Procedimiento Penal, norma a la que debe acudirse según el caso, como lo ordena el artículo 89 de la Ley 42 de 1993. El segundo, por las mismas autoridades fiscales, que investigan y fallan, y a través de los múltiples recursos que otorga el Código de Procedimiento Penal para garantizar a los sujetos el estricto cumplimiento de los principios rectores y a las garantías que reconocen la Constitución y la ley.

El tercero, y más importante, sería a través de la acción de tutela, que puede instaurarse en cualquier momento por violación a los derechos fundamentales de los sujetos procesales. A través de este control, se obtuvo el pronunciamiento más importante respecto al debido proceso: La SU-620 de 1996, que si bien clarificó aspectos trascendentales sobre el entendimiento del artículo 29 de la Carta, confundió la naturaleza del proceso y la calificó como administrativa".

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES

4.1. Intervención de la Contraloría General de la República.

El ciudadano Germán Palacio Zúñiga, jefe de la oficina jurídica de la Contraloría General de la República, interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas. Según su criterio, la Corte prácticamente ya ha definido el asunto, pues las sentencias SU-620 de 1996 y T-525 de 1997, que han estudiado las característicias del proceso de responsabilidad fiscal, parten "del supuesto de que la naturaleza es por esencia administrativa por la materia que regula." El interviniente justifica esa afirmación por medio de la transcripción de los apartes pertinentes de esas providencias.

De otro lado, el ciudadano considera que la Constitución no define con precisión el modelo autónomo al cual debe responder la "función fiscalizadora", por lo cual debe entenderse que "dejó en manos del juego democrático en el Congreso de la República, en su calidad de regulador del actuar estatal, la definición de ese modelo autónomo ya señalado, eso sí, a partir del derecho administrativo."

Finalmente, según el interviniente, el control jurisdiccional de los actos emitidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal no anula la autonomía e independencia de los órganos de control, pues no debe olvidarse que la separación de poderes es compatible con un sistema de controles mutuos entre los distintos órganos del Estado, por medio de un sistema de pesos y contrapesos. El ciudadano considera entonces que la actora interpreta indebidamente el alcance de la autonomía de la Contraloría y concluye al respecto:

"En la Constitución podemos apreciar una serie de controles que se entrecruzan entre los diferentes centros de poder público, sin que ello quiera decir que unos dependen de otros, verbigracia, el Control Judicial (Artículos 229, 86, 87, 237-2, 241-4), como el presente, el cual es un control a actos proferidos por el legislador, sin que esto comporte alguna relación de subordinación entre el controlado y el controlador; el Control Administrativo o Disciplinario (Artículo 277-6); el Control Político (Artículo 144), el Control Fiscal (Artículo 267), y el Control Interno (Artículo 209, 268-6 y 269).

Además, predicar la cosa juzgada en las decisiones dentro del proceso de responsabilidad fiscal es judicializar la función fiscalizadora cuando tal calificación constitucional no la posee. Todo lo contrario, el artículo 116 C.P. expresamente establece qué entidades administran justicia dentro de las cuales no se encuentran las contralorías; excepcionalmente, indica la mencionada disposición, la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. En ese orden de ideas, las contralorías podrían ejercer función jurisdiccional por decisión legislativa, dentro de los precisos términos del artículo 116 inciso 3º ibídem.

Finalmente, la autonomía administrativa reconocida a la Contraloría por la Constitución Nacional, hace relación a la capacidad de gestión y auto-organización para

manejar los asuntos propios, es decir la facultad para gestionar con independencia de cualquier otro ente, todos los asuntos vinculados con el giro de sus funciones, sin que esto signifique el uso arbitrario de la función y por fuera de los controles constitucionalmente establecidos.

La prescripción del Artículo 267, inciso tercero, en cuanto a que "la Contraloría no tendría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización", en nuestro sentir es una sabia cortapisa del Constituyente al delimitar su accionar autónomo y diferenciado, no permitiendo de esta manera la coadministración del ente fiscalizador y los órganos sujetos a su control fiscal, prohíbe que el sujeto se vea obligado a compartir su capacidad de gestión con el sujeto controlador; en manera alguna constituye un desconocimiento de la actividad administrativa que despliega la Contraloría para el cumplimiento de su función pública."

4.2. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

El ciudadano Alvaro Namén Vargas, en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas, para lo cual comienza por distinguir los conceptos de administración, Administración Pública, Administración Nacional, Rama Administrativa y Rama Ejecutiva, con base en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 23 de agosto de 1984 que delimita el alcance de estos conceptos. Según su criterio, este precedente muestra que "el concepto de Administración Pública comprende la Contraloría General de la República y al Ministerio Público como organismos de control." Por ello considera que "los actos proferidos en los juicios fiscales son de carácter administrativo y no jurisdiccional, ya que éstos últimos únicamente son expedidos por los órganos que hacen parte de la rama jurisdiccional." Según, el ciudadano, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han reconocido explícitamente la naturaleza administrativa de los juicios fiscales, afirmación que justifica con base en la transcripción de apartes de diversas providencias de esas corporaciones. Por todo ello el interviniente concluye que los cargos del demandante son infundados ya que los actos expedidos en los juicios fiscales son administrativos, "no sólo desde el punto de vista orgánico sino también dependiendo de la naturaleza de la función que en un momento dado sea ejercida".

V. INTERVENCION CIUDADANA

El ciudadano José de la Cruz López Camacho impugna la demanda, por lo cual solicita a la Corte no sólo declarar la constitucionalidad de las normas acusadas sino también que esta Corporación llene algunos vacíos de la Ley 42 de 1993. Según su criterio, las contralorías, si bien son órganos autónomos, no sólo se encuentran sometidas al principio de legalidad sino que tienen una categoría jurídica en la estructura del Estado "inferior a las ramas del poder público", por lo cual es legítimo que el Congreso regule las funciones y actos de estos órganos de control. En ese orden de ideas, para el interviniente es claro que los "ACTOS que expidan las Contralorías tienen el carácter de ADMINISTRATIVOS y el trámite para su expedición, notificación y efectos, debe hacerse siguiendo los lineamientos señalados en el Código Contencioso Administrativo. Todo por la decisión de la Rama Legislativa en uso de las atribuciones constitucionales." El ciudadano concluye entonces al respecto:

"La disposición al determinar que los FALLOS proferidos en el PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL son actos administrativos y señalar las acciones de Ley que pueden intentar, en nada viola las disposiciones constitucionales, antes por el contrario, está ratificando el contenido de la Carta en cuanto a la estructura del Estado

y el cómo deben actuar sus órganos, entre ellos los del control. De igual manera, está definiendo claramente el procedimiento que deben seguir para la toma de sus decisiones, lo cual indica el control jurisdiccional (acciones de Ley) que deben tener estas decisiones."

Por último, el interviniente considera que la Ley 42 de 1993 tiene vacíos de regulación pues no señala con claridad la naturaleza jurídica ni los términos de prescripción y de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal, por lo cual solicita a la Corte que "llene el vacío normativo, por cuanto los temas expuestos tienen íntima relación y lo que es más definen la aplicación de las normas acusadas de inconstitucionalidad". Según su criterio, los artículos acusados establecen "que la etapa instructiva termina con el Auto de naturaleza administrativa y el proceso con un FALLO de la misma naturaleza" pero "por el vacío existente en la Ley sobre su naturaleza y los términos aplicables para caducidad daría lugar a proferir providencias antentatorias contra las garantías ciudadanas y constitucionales."

Por su parte, la ciudadana Norma Constanza Tribín Cárdenas interviene en el proceso para coadyudar la demanda. Según su criterio no es posible admitir, que la Contraloría haga parte de la "rama ejecutiva, y mucho menos considerar que sus actos son los propios de dicha rama, es decir, que sus actos sean administrativos" pues se está desconociendo la autonomía que la Carta quiso conferir a los órganos de control, tal y como se desprende de los debates en la Asamblea Constituyente. La interviniente transcribe entonces amplios apartes de tales debates, en particular de la ponencia sobre estructura del Estado, en donde se afirma que "el Contralor no es superior jerárquico de las entidades u organismos controlados, si lo fuere, podría revocar directamente los actos administrativos de aquella, además, como sus actos, antitécnicamente llamados administrativos, son de naturaleza distinta, mal pueden entrar a ocupar el sitio de los que verdaderamente si lo son en el evento remoto de que así se procediera". A partir de lo anterior, la interviniente concluye que la labor de la contraloría es un examen y control de los actos de la administración, por lo cual "no se trata de una función administrativa que termina con un acto de naturaleza igual, pues quien controla no debe participar en la decisión objeto de control, pues entonces dicha intervención equivaldría a coadministrar y se alejaría de la intención de la función fiscalizadora." Por ello considera que atribuir naturaleza administrativa a los juicios de responsabilidad fiscal equivale a aplicar la anterior Carta, que no reconocía la especificidad de las funciones de control.

De otro lado, según la interviniente, es necesario distinguir la administración de la rama administrativa pues "cuando nos referimos a la Administración Pública debemos incluir no solamente las tres ramas del poder público que sin ser todas un órgano ejecutivo, sí tienen una organización administrativa, aun cuando desempeñen funciones distintas de las asignadas al ejecutivo, incluyendo los órganos de control, los que como se dijo, desarrollan funciones fiscalizadoras." Por ello, si bien la contraloría hace parte "del haz orgánico denominado administración nacional", esto no significa que sus actos de control sean administrativos, ya que el artículo 267 de la Constitución preceptúa que la Contraloría "no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización", lo cual significa, según la ciudadana, "que el Constituyente desnaturalizó de plano la naturaleza administrativa de la actividad fiscalizadora ejercida por la Contraloría". Esto muestra entonces, según su parecer, "que el Proceso de Responsabilidad Fiscal NO ES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA sino que tiene sus propias características que lo diferencian de cualquier otro proceso."

La interviniente analiza entonces las características del juicio fiscal a partir de una distinción entre los procesos inquisitivo, acusatorio y mixto, y concluye al respecto:

"De acuerdo con todo lo expuesto, debemos concluir que el proceso de Responsabilidad Fiscal NO ES ADMINISTRATIVO, sino de características propias del sistema Inquisitivo y de contenido FISCAL. Es un Proceso Público, razón por la cual no tiene cabida ni la perención, ni la revocabilidad, ni la transacción, el desistimiento o la conciliación.

Le son aplicables los principios que integran el debido proceso consagrado constitucionalmente como son la presunción de inocencia, el principio de favorabilidad, el in dubio pro reo, *el derecho de defensa, el derecho a solicitar pruebas y controvertirlas, el derecho, de impugnación, la prohibición del* non bis in idem, *la preexistencia de la ley, la preexistencia de juez competente y el principio de legalidad.*

Para hablar del Proceso de Responsabilidad Fiscal, tenemos que hacer claridad respecto de la función propia de la Contraloría, la cual es de control, de lo que ejecuta o administra la Administración Pública, de lo cual es fácil concluir que sus actos en ningún momento comportan el carácter de administrativos, pues de ser así la entidad estaría coadministrando con la rama ejecutiva."

Por todo lo anterior, la ciudadana considera que los actos expedidos por la Contraloría en los juicios fiscales son "actos de control fiscal", que no pueden entonces ser definidos por la ley como de naturaleza administrativa, pues se estaría desfigurando el modelo de control consagrado por la Constitución, ya que "el artículo 113 de la Carta contempla de manera separada la función ejecutiva de la función de control, reafirmando de paso su independencia y autonomía." Por ello la ciudadana se aparta del análisis efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-620 de 1996 ya que considera que esa decisión desnaturalizó la actividad de la Contraloría al conferirle carácter administrativo. Según su criterio:

"No es jurídicamente posible, asimilar la responsabilidad fiscal a la civil, ni la acción civil a la acción fiscal, toda vez que la responsabilidad y la acción civil son dispositivas (rogada), mientras que la responsabilidad y acción fiscal son inquisitivas, que se fundan en el principio de oficiosidad fiscal, y mucho menos podemos aseverar que la responsabilidad fiscal pueda establecerse en un proceso dispositivo, y menos predicarse que la responsabilidad fiscal sea patrimonial, pues esta es una especie de la responsabilidad civil.

Así mismo, es claro ver que la propia Corte Constitucional en la Sentencia citada se contradice, pues de manera tajante habla de un proceso administrativo al cual le son aplicables los principios propios de su área y no como ella misma afirma los principios del procedimiento penal, con lo cual está aceptando que el Proceso de Responsabilidad Fiscal comporta características peculiares, o sea que puede afirmarse que es un proceso "sui géneris" que por ser un derecho nuevo no cuenta todavía con instituciones propias, por lo cual debe recurrir a otros ordenamientos que en el caso nuestro es el "penal" por cuanto es este ordenamiento el que nos permite lograr el desarrollo correcto del proceso fiscal, respetándose las garantías procesales consagradas en la Carta Política y en las legislaciones vigentes."

La ciudadana Nora Aguilar Alzate también coadyuda la demanda y solicita a la Corte declarar la inexequibilidad de las normas acusadas. Según su criterio, "no podemos seguir pensando que lo que no es legislativo ni judicial, es administrativo, pues la teoría de la tridivisión del poder ya no opera, al ser un concepto superado por nuestra Constitución." Esto significa, para la interviniente, que la Contraloría ejerce una función específica que, por mandato

constitucional, es de "CONTROL FISCAL, entendida como la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación." La ciudadana justifica entonces esas afirmaciones con base en una amplia transcripción de los debates en la Asamblea Constituyente, en particular de la ponencia sobre estructura del Estado referida también por el demandante. Por ello la interviniente considera que la sentencia SU 620 de 1996 de la Corte es equivocada no sólo porque "no se tuvo en cuenta las diferentes discusiones que se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente conforme al análisis citado, ni a lo plasmado en la Constitución Política" sino, además, por cuanto no se profundizó de manera suficiente sobre esa nueva rama del derecho, que es el derecho fiscal, a fin de clarificar temas como "la naturaleza del derecho y del proceso de responsabilidad fiscal, la finalidad del mismo, la clase de responsabilidad generada por la conducta dañina del servidor público que cumple gestión fiscal o del particular que maneja fondos o bienes del Estado." Igualmente, la interviniente considera que esa sentencia incurre en contradicciones. Así, la Corte señala "que la responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, porque la finalidad de la declaración de la responsabilidad, es meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal". Sin embargo, se pregunta la ciudadana, "si no tiene un carácter sancionatorio, ni penal, ni administrativo, ¿Qué carácter tiene? ¿Por qué para hablar del debido proceso se soportan en normas de derecho sancionatorio, normas de derecho procesal penal? ¿No es ello un contra sentido? ¿Por qué no se soportan en normas del proceso dispositivo?".

A partir de lo anterior, la interviniente concluye que la Corte debe revisar sus criterios en esta materia y reconocer la especificidad de los juicios fiscales, como procesos sancionatorios de naturaleza inquisitiva, ya que "la investigación está a cargo del órgano de control, que así mismo tiene la carga de la prueba, la dirección e impulso oficioso del proceso. Además, que las contralorías aparecen en representación del Estado, haciendo uso de su poder de soberanía." La ciudadana concluye entonces al respecto:

> *"Definir que dicho acto no es administrativo, implica además la revisión de la Sentencia C-046 de 1994, a través de la cual se declaró la constitucionalidad del Art. 17 de la Ley 42 de 1993, pero, de manera extraña, luego de una excelente argumentación y de una defensa al principio de la moralidad que debe regir la función administrativa y que es sustento del cometido fiscalizador, concluye, que aunque el artículo es exequible, el finiquito tiene una caducidad de dos años, que es "el término que establece el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa enderezada contra el estado y cuyo objeto es el de deducir, su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya (C.C.A. Art. 136), es el mismo que deberá predicarse,* mutatis mutandis, *de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado".*
>
> *Conclusión que contradice la argumentación contenida en los 17 fundamentos jurídicos de la citada sentencia, que hace una remisión errada, ya que la caducidad es norma sustantiva procesal, y debe estar expresamente señalada por la ley que sea aplicable, nunca por analogía y la segunda parte del C.C.A., de donde surge la norma, está estatuida para el "Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa" y la desplegada por las Contralorías para deducir la responsabilidad de que habla el artículo 268-5 no es de este talante, <u>es especial, fiscalizadora,</u> como ya se ha dicho."*

VI. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar, defiende la constitucionalidad de las normas acusadas. Para ello comienza por estudiar la naturaleza de los juicios fiscales, a partir de los criterios desarrollados por la Corte en las sentencias C-046 de 1994 y SU-620 de 1996. Según su criterio, ese examen muestra que las disposiciones demandadas, "al establecer que el acto de apertura al juicio fiscal es administrativo y que contra el fallo de responsabilidad fiscal proceden las acciones de ley, no transgreden los artículos 113, 117 y 121 de la Carta Política, pues los preceptos acusados no desconocen la autonomía e independencia que el constituyente le confirió a la Contraloría General de la República y a las contralorías de las entidades territoriales para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal." El Ministerio Público concluye entonces al respecto:

> *"Los actos proferidos en desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal son de naturaleza administrativa, pues la Constitución Política no reconoce a la Contraloría facultad para ejercer funciones jurisdiccionales.*
>
> *Resulta acorde con la naturaleza de esta clase de procesos que la providencia a través de la cual concluye el juicio de responsabilidad fiscal, pueda ser demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin que ello implique atentado contra la autonomía e independencia de los órganos de control.*
>
> *En la estructura administrativa del Estado existen organismos autónomos e independientes como la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Nacional Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, los cuales profieren actos de naturaleza administrativa, igualmente sometidos al control de la mencionada jurisdicción."*

VII. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4° de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los artículos 80 (parcial) y 81 (parcial) de la Ley 42 de 1993, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de normas que hacen parte de una ley de la República.

El asunto bajo revisión y los temas jurídicos a tratar

2. Según la demandante y algunos de los intervinientes, las normas acusadas, al atribuir naturaleza administrativa a los juicios fiscales, vulneran la autonomía del control fiscal y de las Contralorías, pues someten sus decisiones a la revisión de otra rama del poder ya que sus actuaciones quedan sujetas a impugnaciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Además, según su criterio, de esa manera, se desconoce que la Carta confirió una especificidad a los actos de revisión y sanción de los contralores, diferente a la administrativa, como se desprende del examen de los debates en la Asamblea Constituyente y del mandato expreso del artículo 267 superior, según el cual, las contralorías no tienen "funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización". Por el contrario, la Vista Fiscal y los otros intervinientes consideran que las disposiciones acusadas se ajustan a la Carta, no sólo porque la autonomía de la contraloría no excluye que sus decisiones sean revisadas judicialmente sino, además, por cuanto la propia Corte ya ha establecido, en decisiones precedentes, que los juicios fiscales tienen naturaleza propiamente administrativa. Como vemos, el problema a ser resuelto en esta sentencia es si la ley puede, sin vulnerar la autonomía y la especificidad de

las funciones de vigilancia de la Contraloría, conferir a los juicios fiscales naturaleza administrativa, con la obvia consecuencia que de allí se desprende, que es la posibilidad de que esas decisiones sean revisadas judicialmente. Para responder a ese interrogante, la Corte comenzará por recordar brevemente sus criterios sobre los alcances de la autonomía de la Contraloría y la especificidad de sus funciones, para así precisar los alcances que tiene el Legislador para definir la naturaleza de los procesos de responsabilidad fiscal.

Separación de poderes, autonomía de la contraloría y funciones administrativas de esta entidad.

3. La Corte coincide con la actora y algunos de los intervinientes en que la Constitución se distancia de ciertas visiones jurídicas, según las cuales, en el Estado sólo existen tres ramas (legislativa, ejecutiva y judicial) con funciones nítidamente separadas. La Carta mantiene el principio de separación de poderes (C.P. art. 113) pero le confiere una naturaleza más compleja, en un doble sentido. De un lado, admite que existen órganos autónomos cuyas funciones no pueden ni deben ser encajadas dentro de la división clásica en tres ramas del poder, como los órganos de control y la organización electoral. Y, de otro lado, la Carta no sólo admite sino que promueve la existencia de controles recíprocos entre las distintas ramas y órganos autónomos, por medio del clásico mecanismo de pesos y contrapesos, como bien lo resalta uno de los intervinientes. Por ello, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, la consagración de ramas del poder y de órganos autónomos se lleva a cabo "con el propósito no sólo de buscar mayor eficiencia en el logro de los fines que le son propios, sino también, para que esas competencias así determinadas, en sus límites, se constituyeran en controles automáticos de las distintas ramas entre sí, y, para, según la afirmación clásica, defender la libertad del individuo y de la persona humana.[1]"

En tal contexto, la actora y los intervinientes tienen igualmente razón en insistir en que, conforme a esa nueva visión del principio de separación de poderes, la Carta otorga no sólo autonomía orgánica sino también unas funciones propias y específicas a las contralorías (C.P. arts 113, 119, 267 y 268), por lo cual es claro que estos órganos de control no hacen parte de la Rama Ejecutiva ni desarrollan como actividad principal tareas administrativas, como las que adelantan la administración central y las administraciones seccionales. Por ello, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, la Constitución quiso "distinguir nítidamente la función propiamente administrativa del Ejecutivo de la función fiscalizadora de la Contraloría, pues consideró que la confusión de tales funciones comportaba efectos perjudiciales para la marcha del Estado"[2]. Esto se desprende con nitidez no sólo del texto constitucional, que explicita que la tarea propia de estas entidades es la vigilancia y el control fiscal de la administración (C.P. arts 119 y 267) sino, además, del examen de los debates constituyentes, en donde claramente se señaló que "no se debe confundir la función fiscalizadora con la función administrativa o gubernativa, pues son de naturaleza totalmente distinta y se ejerce por actos también diferentes"[3].

4. Esta autonomía funcional y orgánica de las contralorías no sólo tiene como finalidad fortalecer el control fiscal sino también hacer frente a las disfuncionalidades que dicho control puede generar, por lo cual la Carta pretende evitar que la actividad de control se traduzca en una coadministración. Por ello la Constitución no sólo "termina con la coadministración que se

---

[1] Sentencia C-167 de 1995. MP. Fabio Morón Díaz.

[2] Sentencia C-100 de 1996. MP. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No. 6.

[3] Cf Hernando Herrera et al. "Informe Ponencia sobre Estructura del Estado" en Gaceta Constitucional No 59, p 10.

ejercía mediante el control fiscal previo"[4] sino que dispone que la Contraloría no "tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización" (C.P. art. 267, inciso 4°), precepto que, como bien lo señaló durante la vigencia de la anterior Constitución la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, y también lo ha establecido esta Corte Constitucional, es una limitación más que otra cosa[5]. El significado de esa norma es entonces que la única función propiamente de actuación administrativa que ejercen los contralores es la relativa a la organización interna de la entidad, como puede ser la ejecución del presupuesto y el nombramiento de funcionarios, por lo cual, al desarrollar la actividad de fiscalización, estos órganos de control deben evitar convertirse en coadministradores.

Funciones administrativas activas y definición de determinadas actuaciones de control como administrativas.

5. Es pues claro, como lo señalan la actora y algunos de los intervinientes, que las contralorías no hacen parte de la rama administrativa, ni ejercen funciones de gobierno o de ejecución administrativa, salvo aquellas estrictamente referidas a su organización interna, puesto que su tarea constitucional es esencialmente de control. Es igualmente claro que los procesos de responsabilidad fiscal son un desarrollo específico de esas funciones de vigilancia de las contralorías, por lo cual un obvio interrogante surge: ¿significa lo anterior -como lo sostiene la actora- que es inconstitucional que la ley atribuya naturaleza administrativa a estos juicios fiscales?

6. En principio, la respuesta parece afirmativa, pues la ley estaría confundiendo la función de control con la actividad administrativa, cuando la Constitución quiso distinguir nítidamente esas tareas y atribuirlas a órganos distintos. Además, esa regulación legal parece vulnerar el mandato constitucional, según el cual esos órganos de control no tendrán "funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización" (C.P. art. 267), ya que la ley les estaría atribuyendo funciones administrativas en el ejercicio de sus competencias de control. Finalmente, puede invocarse un importante argumento histórico, ya que en los debates constituyentes, varios delegatarios afirmaron explícitamente que una de las razones esenciales para conferir autonomía a la Contraloría era para distinguir sus funciones y actos, que impropiamente eran calificados de administrativos. Así, el citado Informe Ponencia sobre estructura del Estado, que sirvió de sustento a la consagración de la Contraloría como órgano autónomo, señaló al respecto:

> *"Por lo mismo, el órgano de control no forma parte de las entidades que controla; es autónomo e independiente y no está sujeto a las directrices y pautas que pueden señalar las que han de ser controladas, pues de lo contrario de nada serviría el control si éste debe ejercerse conforme a los términos e indicaciones que señale el que ha de ser fiscalizado. Simultáneamente, el Contralor no es superior jerárquico de las entidades u organismos controlados, si lo fuere, podría revocar directamente los actos administrativos de aquella, además, como sus actos, antitécnicamente llamados administrativos, son de naturaleza distinta, mal pueden entrar a ocupar el sitio de los que verdaderamente sí lo son en el evento remoto de que así se procediera (subrayas no originales)[6]"*

---

[4] Sentencia C-167 de 1995. MP. Fabio Morón Díaz.

[5] Ver, entre otras, las sentencias C-527 de 1994 y C-100 de 1996.

[6] Cfr. Hernando Herrera et al. "Informe Ponencia sobre Estructura del Estado" en **Gaceta Constitucional** No. 59, p. 10.

Y explícitamente, sobre la naturaleza de los actos de la contraloría, ese mismo informe señaló:

> *"Funcionalmente, sus actos no son legislativos, ni jurisdiccionales o administrativos. Expiden, sí, actos administrativos pero sólo en los asuntos inherentes a su propia organización, de la misma forma que las ramas jurisdiccionales o legislativas expiden este tipo de actos, pero sólo de manera secundaria. Para el desarrollo de su función fiscalizadora, sus actos son de control de vigilancia o en otros términos más precisos son actos fiscalizadores (subrayas no originales)[7]"*

7. A pesar de su aparente fuerza, la Corte considera que los anteriores argumentos no son de recibo, pues se fundamentan en un razonamiento equívoco, a saber, que la distinción entre la función administrativa y las labores de control fiscal implica que la ley no puede atribuir naturaleza administrativa a las actuaciones de control desarrolladas por las contralorías. Así, el argumento de la actora puede ser resumido y formalizado de la siguiente manera:

Premisa 1: Las funciones de control y de administración son dos actividades diversas (C.P. arts 115 y 119).

Premisa 2: La Constitución quiso distinguir esas funciones y las atribuyó a órganos distintos (C.P. arts 113, 115 y 119).

Premisa 3. La Carta restringió entonces las contralorías a la actividad específica de control, por lo cual limitó de manera expresa su acción administrativa exclusivamente a aquellos actos que se relacionan con su organización interna (C.P. 267).

Conclusión: Por consiguiente, los actos de las contralorías, cuando adelantan sus funciones de control, no pueden ser definidos por la ley como administrativos, pues se estarían vulnerando las anteriores premisas constitucionales.

La Corte considera que las premisas del razonamiento son válidas pues tienen sustento en la propia Carta. Sin embargo, la conclusión no se desprende de ellas, ya que la inferencia, a pesar de su apariencia lógica, es equivocada pues se basa en una ambiguedad conceptual y semántica. Así, la actora identifica el sentido de la palabra "administrativo" en la conclusión y en las premisas, ya que presupone que la definición legal de un acto como administrativo convierte la actuación así definida en una forma de ejercicio de una función administrativa. Sin embargo, un análisis más detenido muestra que ello no es obligatoriamente así pues el sentido de la palabra en ambos casos es diverso. En las premisas, esa expresión hace referencia a que la autoridad desarrolle una función administrativa, mientras que en la conclusión, el efecto de que la ley atribuya naturaleza administrativa a un acto es permitir su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por ende, la definición de un acto de control de una entidad como "administrativo" en manera alguna convierte la actuación de esa entidad en una actividad de "administración", esto es, de ejecución administrativa o de desarrollo de una función administrativa. Así, desde tiempo atrás, la ley colombiana ha atribuido a la supervigilancia adelantada por la Procuraduría contra los funcionarios de la rama ejecutiva una naturaleza administrativa, por lo cual sus actos son impugnables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, ese hecho no implica que se confunda la función disciplinaria de la Procuraduría con las labores de ejecución administrativa desarrolladas por los miembros del Ejecutivo. En ese mismo orden de ideas, la atribución de carácter administrativo a una tarea de control de la

[7] Ibidem.

Contraloría no convierte a esa entidad en un órgano de administración activa, puesto que tal definición tiene como único efecto permitir la impugnación de esa actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

8. Lo anterior muestra que es preciso clarificar ciertos conceptos para poder responder adecuadamente al interrogante planteado por la actora y los intervinientes. En particular, es necesario distinguir entre el significado de la función administrativa y los efectos de la definición legal de un acto como administrativo, lo cual obliga también a diferenciar entre la administración activa y la llamada administración pasiva. En efecto, sólo de esa manera podremos precisar si el mandato constitucional, según el cual las contralorías no tienen "funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización" (C.P. art. 267) implica que sus actos de control y sanción no pueden ser administrativos.

9. La doctrina jurídica ha tenido muchas dificultades para precisar qué se entiende por función administrativa por dos razones básicas. De un lado, por cuanto no es fácil diferenciarla de las otras tareas clásicas del Estado, a saber de la legislación y, en especial, de la función judicial con la cual comparte muchos rasgos. Por ejemplo, un autor de la talla de Kelsen -y en este punto es seguido por muchos otros doctrinantes-, ha sostenido que no existe materialmente ninguna diferencia entre la labor administrativa y la labor judicial pues ambas son la producción de una norma singular (sentencia o decisión administrativa) dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general (ley). Para Kelsen, la diferencia entre la administración y la jurisdicción tiene razones históricas y no conceptuales, y se relaciona más con la naturaleza de los órganos que ejecutan el derecho: la aplicación es administrativa si es desarrollada por funcionarios jerárquicamente organizados, mientras que es judicial si los aplicadores gozan de independencia funcional. Así las cosas, según estas corrientes, la única diferencia material que se puede establecer es la legislación, que consiste en crear normas generales y abstractas, y la ejecución, que produce normas individuales dentro de los marcos permitidos por la norma general. Por ello Kelsen concluye que la función administrativa sólo puede definirse residualmente, esto es, como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción.

Otros autores no comparten esos criterios pues consideran que es posible establecer criterios materiales para determinar el significado de la función administrativa y diferenciarla de las labores jurisdiccionales[8]. Según estas corrientes, mientras los jueces resuelven esencialmente controversias y conflictos con base en una estricta aplicación de la ley, la función propiamente administrativa se relaciona con las diversas labores de ejecución que, específicamente, desarrolla la rama ejecutiva para el cumplimiento de sus fines, para lo cual se reconoce un margen de discreción al funcionario administrativo, quien puede entonces apreciar la conveniencia y oportunidad de la medida que toma. Habría pues una especificidad material de la función administrativa. Pero incluso para quienes aceptan esta opinión, subsisten muchas dudas y controversias pues estas labores son muy amplias y complejas, por lo cual la doctrina suele diferenciar entre diversas formas de la actividad administrativa[9]. Una de las clasificaciones más usuales distingue tres grandes órbitas, que son, de un lado la policía administrativa o actividad de limitación de derechos para garantizar el orden público; de otro lado, las labores de prestación

---

[8] Sobre estos criterios, ver entre otros, Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Astrea, 1986, pp. 149 y ss.

[9] Al respecto ver, entre otros, Ramón Parada. Derecho Administrativo. Madrid, Marcial Pons, 1991, Tomo I, Capítulo XI. José Bermejo Vega. Derecho Administrativo. Parte especial. Madrid: Civitas, 1994, capítulo 1º.

o de servicio público, en virtud de las cuáles la Administración suministra directamente prestaciones a los particulares; y, finalmente, las labores de fomento de determinadas actividades de los particulares, por medio de incentivos o premios. Algunos consideran que esa clasificación es insuficiente, pues es necesario agregar otras formas de actividad administrativa, como pueden ser las potestades sancionadoras de la administración, la actividad industrial y comercial de algunos entes estatales o las labores de planificación.

Ahora bien, independientemente de la validez doctrinaria de las anteriores distinciones, que obviamente no corresponde a la Corte definir, esta presentación es ilustrativa de lo que podríamos denominar la función administrativa activa, por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa[10].

Esta función administrativa activa es esencial y propia de la rama ejecutiva, pero no es exclusiva de ella, pues en los otros órganos del Estado también es necesario que los servidores públicos adelanten actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines. Así, los jueces y congresistas deben nombrar subalternos y ordenar gasto, que son labores típicas de ejecución administrativa.

10. Conforme al anterior análisis, para la Corte es claro que cuando el artículo 267 de la Constitución establece que las contralorías sólo ejercen aquellas funciones administrativas inherentes a su organización, la norma constitucional se refiere a la administración activa, esto es al desarrollo de labores de ejecución propias para el cumplimiento de los fines de la entidad. En efecto, un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y de los propios debates en la Asamblea muestra que la voluntad del Constituyente fue evitar ante todo la coadministración por los órganos de control, por lo cual quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión). Así, no sólo el artículo 119 atribuye a esa entidad la "vigilancia de la gestión fiscal" sino que, además, el citado informe ponencia sobre la estructura del Estado, tantas veces mencionado por la actora y por los intervinientes que coadyudan la demanda, luego de señalar que los actos de la Contraloría no deberían ser calificados de "administrativos", aclara el sentido de esa precisión, en los siguientes términos:

> *"En todo caso, la función fiscalizadora ejercida por "los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera puede llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: <u>en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración,</u> pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediablemente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.*

[10] Sobre esta distinción, ver José Roberto Dromi. <u>Instituciones de derecho administrativo</u>. Buenos Aires: Astrea, 1983, pp 170 y ss. Ver igualmente Juan Francisco Linares. <u>Derecho Administrativo</u>. Buenos Aires: Astrea, 1986, pp. 179 y ss.

Por ello, y para evitar la llamada dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernantes, es por lo que todos los ordenamientos civilizados trazan una determinación tajante entre la capacidad ordenadora del gasto y la competencia supervisora del mismo. Se aspira que ésta, en ningún caso, pueda invadir la órbita de aquella, ideal que apenas corresponde al orden natural de las cosas y que no siempre, infortunadamente, es logrado en la realidad. Ni aun los sistemas de mayor rigidez, ya bastante escasos, como el colombiano, que establecen el llamado control preventivo, pueden favorecer un esquema de supervisión que vaya a implicar veto a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores. Semejante disposición desplazaría los poderes plenos de la administración hacia el organismo contralor, dando origen a una confusión de funciones verdaderamente insólita en que los entes jurídica y políticamente responsables de administrar, se verían detenidos en su actividad administrativa por una agencia de simple vigilancia a la cual el ordenamiento no le confiere ni poder ni responsabilidad alguna sobre la función administrativa, y que en consecuencia, careciendo de aptitud legal para acometerla, es por ello, al mismo tiempo, jurídica y políticamente irresponsable de los actos u omisiones propios de la administración. La Constitución adopta el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración, al disponer en el inciso 2° del art. 59 que "la Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización". Este mandato, que es determinante, y que por serlo, no se presta a dubitaciones de ningún género, ni a interpretaciones casuísticas, está en vigor (subrayas no originales)[11]"

Por consiguiente, es claro que, en los términos de la Constitución, las contralorías, en relación con los órganos que vigilan, no ejercen una función propiamente administrativa, pues no ordenan ni ejecutan gasto, sino que desarrollan un control posterior de la gestión administrativa activa. Igualmente es evidente que la Carta quiso distinguir entre las actividades de control -como el control fiscal y el disciplinario- y la función administrativa propiamente dicha, esto es, la ejecución administrativa, radicada primariamente en el Ejecutivo y subsidiariamente en los otros órganos de Estado Un obvio interrogante surge: ¿significa entonces que los actos de la contraloría, por no ser producto de una ejecución administrativa, no pueden ser de naturaleza administrativa, sino de otro carácter?

El sentido de la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional.

11. Para responder a esa pregunta, la Corte debe estudiar qué sentido tiene que la ley atribuya a un acto singular de un determinado órgano estatal una naturaleza administrativa. Ahora bien, esa caracterización tiene como consecuencia, entre otras cosas, que éste, por oposición a los actos jurisdiccionales, no tienen la fuerza de cosa juzgada, pues no sólo es revocable y modificable por la propia administración, como es obvio, dentro de ciertas condiciones sino que, además, puede ser revisado por las autoridades judiciales, en virtud del principio de legalidad. Por el contrario, el acto jurisdiccional, una vez ejecutoriado, es definitivo, pues tiene la virtud de la cosa juzgada. Por eso, amplios sectores de la moderna doctrina jurídica consideran que si bien es muy difícil encontrar elementos sustantivos que distingan un acto administrativo de uno jurisdiccional, pues ambos en el fondo son la producción de una norma singular dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general, lo cierto es que existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos[12].

---

[11] Hernando Herrera et al. "Informe Ponencia sobre Estructura del Estado" en **Gaceta Constitucional** No. 59, p. 10.

De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces, En efecto, lo propio del juez es que no sólo deber estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), solo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad)[13]. Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos.

12. Ahora bien, al lado de los actos singulares administrativos y judiciales, ¿Es posible pensar en otro tipo de actos con una naturaleza diversa, como lo proponen el actor y algunos intervinientes al caracterizar las decisiones en los juicios fiscales como actos inquisitivos de control? La Corte considera que esa diferenciación puede ser útil académicamente, pero no tiene relevancia constitucional, mientras que la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional, en los términos señalados en el anterior fundamento de esta sentencia, tiene gran importancia a la luz de los valores del ordenamiento. En efecto, en el Estado de Derecho existe en este campo una tensión permanente entre dos principios. De un lado, el régimen constitucional se estructura sobre la idea de que todo acto estatal debe tener control, a fin de impedir la arbitrariedad. Sin embargo, la absolutización del imperativo de control tiene efectos contraproducentes, ya que implica no sólo que todo acto debe ser revisable sino, que a su vez la actividad de control debe también estar sujeta a una nueva revisión, con lo cual los conflictos se vuelven interminables. Por ello, el Estado de derecho implica también la idea de que toda controversia debe tener un final, pues de no ser así, tampoco habría justicia, ya que toda solución sería provisional y estaría sujeta a revisiones ulteriores, con lo cual el derecho dejaría de cumplir la función pacificadora que le es consustancial. ¿Cómo compatibilizar entonces el control a las autoridades con la necesidad de que el ordenamiento establezca un fin a las controversias?

La respuesta dada por el constitucionalismo al anterior interrogante es la invención de la autonomía y la independencia judicial. En efecto, la independencia no es una garantía en beneficio del funcionario sino del ciudadano, pues se considera que el juez, al actuar exclusivamente con base en el derecho y gozar de independencia funcional, reúne los requisitos para que sus determinaciones, una vez decididos los recursos de ley, puedan ser definitivas, esto es, hacer tránsito a cosa juzgada, ya que se pueden presumir conformes al ordenamiento.

En ese orden de ideas, desde el punto de vista constitucional, la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional es en el fondo el carácter definitivo o no de la decisión tomada por la autoridad estatal. Así, la ley puede atribuir fuerza de cosa juzgada a actos jurídicos proferidos por autoridades que reúnan los requisitos propios de un juez, esto es, que sean

---

[12] Sobre este punto, en la doctrina internacional, ver Hans Kelsen. **Teoría General del Derecho y del Estado**. México: Utaria, 1950, p 288 y ss. Ver igualmente Y en la doctrina nacional, ver Leopoldo Uprimny. "La ambigüedad e inconveniencia de los términos 'jursidicción', 'función jurisdiccional'y 'rama jurisdiccional del poder público" en **Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia**. Bogotá: enero, junio de 1997, No 215-216-217, pp. 376 y ss., y 409 y ss.

[13] Sobre las garantías orgánicas que debe tener un juez para cumplir sus funciones, ver, entre otros, Luigi Ferrajoli. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995, pp apartado 40.

imparciales, independientes e inamovibles, mientras que vulneraría el principio según el cual todo acto estatal debe ser controlado que se diera esa misma fuerza a los actos de funcionarios organizados en una estructura administrativa, de suerte que se encuentran sometidos a instrucciones de sus superiores.

13. El anterior examen muestra que si bien, en general, todo ejercicio de una función administrativa, en el sentido de ejecución administrativa, se hace por medio de actos administrativos, por el contrario no todos los actos administrativos son expresión de una función administrativa, ya que pueden desarrollar otras funciones del Estado, como las funciones de control o de organización electoral. Por ende, no es incompatible con la autonomía de las funciones de control que sus actos sean calificados por la ley como administrativos, pues ello no confiere naturaleza administrativa a la actuación del órgano sino que simplemente señala que, debido a la ausencia de los requisitos de imparcialidad, independencia e inamovilidad de los funcionarios que los emiten, estos actos no son definitivos, pues pueden ser revisados por los jueces en cuestión. Por el contrario, si tales funcionarios reúnen las calidades propias de un juez, bien puede el ordenamiento conferirle efectos definitivos, estos es, jurisdiccionales a su decisión. Es más, la propia Carta y la jurisprudencia de la Corte muestran con claridad esa diferencia en materia de control disciplinario: así, las decisiones de la Procuraduría o de los superiores jerárquicos del investigado son administrativas, mientras que los fallos del Consejo Superior de la Judicatura son judiciales, y eso a pesar de que en todos los casos se trata del desarrollo de una función de control disciplinario.

Naturaleza de los juicios fiscales, revisión por la jurisdicción contenciosa administrativa y autonomía de la Contraloría.

14. Conforme a lo anterior, es claro que la Constitución no prohíbe que se atribuya naturaleza administrativa a los actos de control de las contralorías, siempre y cuando eso no se traduzca en una coadministración por parte de esas entidades, ni en una vulneración de la autonomía misma de los órganos de control. En este punto, la Corte Constitucional coincide con los criterios adelantados por la Corte Suprema cuando ejercía el control constitucional, al amparo de la Carta derogada. En efecto, desde sus primeras decisiones al respecto, ese tribunal estableció con claridad la especificidad de las funciones de fiscalización de la contraloría y su diferencia con las funciones de administración activa del Ejecutivo. Así, en una sentencia de 1924, cuando la contraloría no tenía aún rango constitucional sino meramente legal, la Corte Suprema señaló al respecto:

> *"Pero el Departamento de Contraloría no tiene funciones relativas a la administración de cosa pública, entendiendo por administración de la cosa pública, entendiendo por administración el gobierno de ésta, la cual, ejercida por el Presidente de la República, llega hasta la ejecución de actos de disposición. Considerando en conjunto el Departamento de Contraloría, no ha sido creado para otra que para fiscalizar la administración confiada al Presidente de la República de modo directo o indirecto.*
>
> *(...)*
>
> *Las funciones sobre examen y fenecimiento de cuentas que en todo tiempo han correspondido a la Corte de Cuentas, son de fiscalización de la administración de la cosa pública en manera alguna actos de administración. Como el Presidente de la República solamente está encargado de la administración, es claro que al asignársele*

al Contralor aquellas funciones no se le arrebatan al Presidente las que él tiene emanadas de la Constitución.[14]"

En ese mismo orden de ideas, en decisiones ulteriores, la Corte Suprema reconoció que las funciones de control ejercidas por la Contraloría no podían ser calificadas de administrativas, en el sentido de ejecución administrativa activa, pues tienen otra naturaleza[15]. Sin embargo, en manera alguna, la Corte Suprema dedujo de esa tesis que esos actos no eran administrativos, y por ende no podían ser impugnados ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Y es que ha sido perfectamente claro en el ordenamiento jurídico colombiano que estos actos de la Contraloría se encuentran sujetos a control judicial. Así, el artículo 7° de la Ley 42 de 1923 consagraba la facultad del Consejo de Estado de revisar las actuaciones del Contralor en ejercicio de sus facultades legales. Así mismo, la Ley 77 de 1926 otorgó a los tribunales contenciosos la competencia para revisar la legalidad de los actos de fenecimiento de los contralores territoriales.

Por ende, el interrogante que surge es si, en los anteriores términos, la definición de los juicios fiscales como administrativos y su revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo es admisible. Y para la Corte la respuesta es claramente afirmativa, por las siguientes razones.

En primer término, los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada (C.P. art. 268 ord. 5°). En anterior oportunidad, esta Corporación analizó en detalle las características específicas del proceso de responsabilidad fiscal[16]. La Corte señaló entonces que los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa. La sentencia precisó entonces al respecto:

> *"De este modo, el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa.*
>
> *Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio."*

En segundo término, esta Corte ha señalado que la Contraloría, si bien es un órgano autónomo, no es autárquico y se encuentra sometido a controles y, en especial, al principio de legalidad[17]. Por ende, es claro "que la regulación del proceso de responsabilidad fiscal

---

[14] Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de agosto de 1924. M.P. Ramón Rodríguez Riago. Gaceta Judicial. Tomo XXXI, pp. 31 y 32.

[15] Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 45 del 8 de junio de 1982. M.P. Manuel Gaona Cruz. Consideración de la Corte Segunda Punto 4 en Gaceta Judicial No. 2409, pp. 300 y 301.

[16] Ver sentencia SU-620/96. Consideración de la Corte No. 6.

[17] Ver, por ejemplo, las sentencias C-572 de 1995, C-272/96 y C-315 de 1997

corresponde a7l legislador, conforme a los arts. 6, 29, 121, 124, 150-23 de la Constitución[18]" , por lo cual en principio nada se puede objetar a que el Congreso regule la naturaleza de estos procesos y les atribuya carácter administrativo.

Por todo lo anterior, la eventual revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo no puede ser entendida como un desconocimiento de la autonomía de ese órgano de control, sino como una consecuencia del principio de que en un Estado de derecho no puede haber acto estatal sin control. Es más, la estructura misma de la Contraloría, esto es, su organización jerárquica y administrativa, es congruente con la necesidad de que sus actuaciones puedan ser impugnadas ante un órgano que reúna las calidades propias de los funcionarios judiciales, como la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Decisiones a tomar.

15. La Corte reitera entonces sus criterios sobre la naturaleza esencialmente administrativa de los procesos de responsabilidad fiscal, por lo cual no encuentra ninguna objeción constitucional contra las expresiones impugnadas. Sin embargo, resultaba imposible estudiar los apartes acusados en forma aislada pues éstos forman una unidad de sentido con los incisos correspondientes de los artículos 80 y 81 de la Ley 42 de 1993.

Así, la expresión "Si el acto administrativo" del artículo 80 hace referencia al acto que da apertura al juicio fiscal y precisa que si éste no se hubiera podido notificar personalmente, una vez transcurrido el término para su notificación por edicto, la Contraloría designará un apoderado de oficio para que represente al presunto responsable en el juicio. La Corte no encuentra ninguna objeción a ese mecanismo, siempre y cuando se entienda que la expresión "presunto responsable" debe ser interpretada de conformidad con la presunción de inocencia consagrada en la Carta (C.P. art. 29). Esto significa que no puede considerarse que la ley ha establecido una presunción de culpabilidad, pues en tal caso podría vulnerar la Constitución, sino que la norma se está refiriendo a la persona investigada, esto es a un eventual responsable, frente al cual la Contraloría debe comprobar que efectivamente ha ocasionado un daño al erario público por su conducta dolosa o culposa. En tal entendido, la Corte considera que ese inciso es constitucional, y así se declarará en la parte resolutiva de esta sentencia.

Por su parte, la expresión "y acciones de ley" del artículo 81 hace referencia a la procedencia de los recursos contenciosos contra el fallo con responsabilidad fiscal, que puede dictarse, terminado el proceso, por medio de providencia motivada que debe notificarse a los interesados en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo. Ninguna objeción encuentra la Corte contra esa regulación. Siempre y cuando se entienda, tal y como lo precisó la sentencia SU-620 de 1996 que la condena en estos juicios necesita de la prueba de la existencia del daño al erario público debido la conducta dolosa o culposa del agente. En tal entendido, la Corte declarará igualmente la constitucionalidad de los incisos primero y segundo del artículo 81 de esa ley.

Control constitucional y actualización de una rama de la legislación

19. Por último la Corte precisa que las anteriores declaraciones de exequibilidad no significan que esta Corporación no reconozca que la particular naturaleza de los juicios

[18] Sentencia SU- 620 de 1996. Consideración de la Corte 5.2

fiscales amerita una mejor comprensión por la doctrina y un más adecuado desarrollo legal. Sin embargo, esos son aspectos que no corresponde adelantar al juez constitucional, por lo cual no es de recibo la petición de uno de los intervinientes, según la cual la Corte debería completar las insuficiencias de la ley en materia de procesos de responsabilidad fiscal. ya que no es función de este tribunal completar los vacíos ni resolver las contradicciones de una determinada rama de la legislación, como puede ser el derecho fiscal. En efecto, y tal y como recientemente lo ha reiterado esta Corporación[19], la tarea básica del tribunal constitucional en una democracia constitucional, como guardián de la integridad y supremacía de la Carta (C.P. art. 241), sigue siendo la de expulsar del ordenamiento las normas inconstitucionales producidas por el legislador ordinario o extraordinario ya que sólo excepcionalmente puede efectuar un desarrollo directo de las disposiciones constitucionales. En efecto, una cosa es que la Constitución sea una norma directamente aplicable por los jueces, imperativo que se desprende claramente del artículo 4° superior, y otra muy diferente, que corresponda a la Corte Constitucional -como lo sugiere uno de los intervinientes- actualizar la legislación, lo cual desborda claramente las funciones de este tribunal. Además, para realizar los cambios legislativos, la propia Constitución ha conferido a los ciudadanos amplios mecanismos de participación política.

Ahora bien, la Corte no niega que, en caso de que existan, es menester corregir esos defectos de regulación que puedan existir en materia de procesos de responsabilidad fiscal. Sin embargo, esa actualización de la legislación fiscal no puede hacerse por medio del control constitucional de las leyes, pues para tal efecto la Carta prevé otras instancias. Así, por medio del proceso político se pueden desechar o reformar las normas que se consideren inconvenientes, caducas o incompletas. Igualmente, muchas de las eventuales contradicciones normativas pueden ser resueltas, por vía de interpretación, por las autoridades encargadas de aplicar las leyes en casos concretos, quienes podrán determinar cuál es la norma vigente en determinado punto, para lo cual existen clásicas reglas de solución de conflictos entre disposiciones, como ley posterior deroga ley anterior o la norma especial se debe preferir a la norma general. O igualmente se pueden completar los eventuales vacíos legislativos por medio de procedimientos de integración normativa, como la analogía, o aplicando la doctrina constitucional. Por esa vía pueden resolverse muchos de los eventuales conflictos o vacíos normativos que puedan existir en esta área del derecho. Por ejemplo, sobre la falta de regulación de la caducidad en estos procesos, esta Corte ya había establecido con suma claridad:

> *"Si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya (C.C.A, art. 136), el mismo término deberá predicarse mutatis mutandis de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado. Lo anterior no es óbice para que los autores de las operaciones fraudulentas o irregulares puedan ser objeto de investigación y sanción penal y que, en este caso, la entidad respectiva obtenga la correspondiente indemnización."*

[19] Ver sentencia C-126 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamentos jurídicos 29 y 30.

El ordenamiento jurídico prevé entonces formas de actualización de la legislación, por lo cual no se puede trasladar al tribunal constitucional la solución de problemas que deben ser enfrentados por otras autoridades, o por los propios ciudadanos mediante los mecanismos de participación previstos por la Carta.

VIII. DECISION

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES el inciso primero del artículo 80 y los incisos primero y segundo del artículo 81 de la Ley 42 de 1993 "sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", en los términos de esta sentencia.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

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

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-190
mayo 6 de 1998

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Referencia: Expedientes D-1867, D-1871 y D-1873.

Actores: Aurelio Alonso Echeverry Vélez, Jorge Enrique Pradilla Ardila, Sergio Alejandro Rueda, Julián Murcia Ardila, Jorge Palacio Zúñiga.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 61 de la Ley 383 de 1997 "por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando".

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso contra el artículo 61 de la Ley 383 de 1997 "por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando".

I. NORMA REVISADA

Ley 383 de 1997

"Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones"

"El Congreso de Colombia"

D E C R E T A:

ARTICULO 61. De los descuentos a favor de Prosocial. El valor de tres (3) días de los quince (15) días de prima de vacaciones de todos los servidores públicos del orden nacional, salvo disposición legal en contrario, aún en los casos que se autoricen vacaciones en dinero, será depositado por el respectivo organismo en la Promotora de

Vacaciones y Recreación Social, Prosocial, entidad que manejará dichos recursos en cuenta especial y facilitará la expedición de un certificado sobre su valor para que el beneficiario obtenga bajos costos en sus planes vacacionales".

I. ANTECEDENTES

1. El Congreso de la República expidió la Ley 383 de 1997 "por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando", publicada en el Diario Oficial 43.083 del 14 de julio de 1997.

2. Los ciudadanos Aurelio Alonso Echeverry Vélez, Jorge Enrique Pradilla Ardila, Sergio Alejandro Rueda, Julián Murcia Ardila y Jorge Palacio Zúñiga, demandaron la inconstitucionalidad del artículo 61 de la Ley 383 de 1997, por considerarla violatoria de los artículos 14, 16, 52, 53, 157 y 158.

3. El Procurador General de la Nación pide a la Corte la declaración de inconstitucionalidad de la norma demandada.

II. CARGOS DE LAS DEMANDAS

Proceso 1867

El demandante considera que el legislador, al obligar a un grupo de ciudadanos a realizar a aportes a una institución para que ésta defina la manera en que se deben disfrutar las vacaciones, constituye una violación del artículo 52 de la Carta. De la lectura de la norma se desprende que el legislador únicamente está facultado para fomentar el deporte y el aprovechamiento del tiempo libre.

Proceso 1871

En primer lugar, los demandantes señalan que el Congreso incurrió en una violación al principio de unidad de materia, toda vez que el artículo demandado "nada tiene que ver con la normatividad tributaria ni tiene vínculo alguno con los aspectos impositivos presentes en la Constitución Nacional".

En segundo lugar, se limita la autodeterminación de cada persona en materia de disfrute del tiempo libre, toda vez que se restringe "el ingreso destinado a la recreación suya y de su familia".

Proceso 1873

La norma acusada desconoce el artículo 16 de la C.P., toda vez que mediante el aporte obligatorio, el Estado invade un terreno vedado, como es la escogencia de las formas de descanso. En definitiva, "el estado no puede inducir la asunción de formas de descanso y recreación".

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación reitera lo expuesto en su concepto en el proceso D-1835-1840-1850. Por lo anterior, se remite al proceso indicado.

IV. FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte es competente para la revisión del proceso de la referencia, en los términos del numeral 4° del artículo 241 de la C.P.

Cosa Juzgada Constitucional

Mediante sentencia C-604 1997, se declaró la inconstitucionalidad del artículo demandado.

En consecuencia, respecto de la disposición acusada existe cosa juzgada constitucional.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-604 1997, en la que se declaró inexequible el artículo 61 de la Ley 383 de 1997.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-191
mayo 6 de 1998
BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Tratados internacionales no forman parte

Los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias. Sin embargo, la jurisprudencia ha dejado abiertas las puertas para incluir convenios internacionales distintos a los mencionados en el artículo 93 de la Carta dentro del bloque de constitucionalidad si alguna norma constitucional, por expresa referencia, los incluye dentro del mismo.

NORMA CONSTITUCIONAL EN BLANCO/ TRATADOS SOBRE LIMITES DEL TERRITORIO

El artículo 101 de la Carta, al definir los límites territoriales del Estado colombiano, remite por completo a lo establecido en los tratados internacionales que sobre esta materia haya suscrito y ratificado Colombia. El anotado artículo se convierte así en una especie de norma en blanco cuyo contenido debe ser completado a la luz de lo dispuesto en los mencionados instrumentos internacionales. Por vía de la remisión expresa que a ellos efectúa el artículo 101 de la Constitución, los tratados que definen los límites del territorio colombiano entran a formar parte del bloque de constitucionalidad lato sensu, *y, por lo tanto, las normas que expidan las autoridades públicas no pueden contravenirlos a riesgo de ser declaradas inexequibles por violar el artículo 101 del Estatuto Superior. Sin embargo, es menester precisar que, aun cuando se conviertan en parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, los tratados sobre límites no tienen valor constitucional sino un valor normativo similar al de las leyes orgánicas y las leyes estatutarias, es decir, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias. En esta medida, las normas que expida el Congreso de la República no pueden modificar lo dispuesto en los anotados convenios internacionales, cuyo contenido sólo puede ser alterado mediante la suscripción de otro tratado que expresamente lo modifique, según se desprende de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Carta.*

CONVENCION SOBRE PLATAFORMA CONTINENTAL-Hace parte del bloque de constitucionalidad

La Convención sobre la Plataforma Continental, e incorporada al derecho colombiano, en cuanto establece las reglas para delimitar la plataforma continental de los Estados ribereños y los derechos que éstos pueden ejercer sobre esa área submarina, hace parte del bloque de constitucionalidad lato sensu. *En efecto, se trata de un convenio que establece los límites del ejercicio de la soberanía en uno de los principales espacios marítimos del territorio nacional y, en consecuencia, integra el contenido normativo del artículo 101 de la Carta. Por lo anterior, si las leyes ordinarias no pueden contravenir lo dispuesto en los convenios internacionales de que trata el artículo 101 constitucional, es posible afirmar que la violación de lo dispuesto en la Convención sobre la Plataforma Continental, acarrea la inconstitucionalidad de aquella ley ordinaria que contravenga su contenido, como quiera que tal Convención forma parte del contenido normativo del mencionado artículo 101 de la Carta.*

DERECHO DEL MAR-Desarrollo

Puede afirmarse que el desarrollo del derecho del mar se ha caracterizado por una cada vez mayor apropiación de los espacios marinos y submarinos por parte de los Estados ribereños, en desmedro de la plena libertad de circulación, exploración y explotación de los bienes y recursos del mar por parte de los restantes Estados. En este proceso de extensión de la soberanía nacional, surgió la categoría jurídica de plataforma continental y se establecieron y regularon los derechos de los Estados sobre esta área. Si bien en la actualidad el derecho del mar está constituido por reglas de distinta naturaleza, consuetudinarias y convencionales - razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia internacionales recomiendan que la determinación del derecho aplicable se haga caso por caso, en función del problema específico que haya de resolverse -, lo cierto es que no todas ellas hacen parte del bloque de constitucionalidad, pese a que puedan ser oponibles a todos los Estados en el plano internacional, por tratarse, eventualmente, de normas consuetudinarias.

PRINCIPIO DE PROLONGACION NATURAL DEL TERRITORIO-Espacios marinos y submarinos territoriales/**PLATAFORMA CONTINENTAL**-Sometida a soberanía del estado ribereño

Los espacios marinos y submarinos territoriales, se encuentran regulados por el principio de prolongación natural del territorio terrestre del Estado ribereño y, por ende, están sometidos a las mismas reglas que gobiernan el territorio originario del Estado de que se trate. Lo anterior significa que el título originario del Estado sobre su territorio, el cual se deriva de su calidad de Estado como tal, se extiende a los espacios territoriales marinos y submarinos, los cuales no se consideran adquiridos por vía de alguno de los modos derivados de adquisición del territorio contemplados por el derecho internacional público (ocupación, descubrimiento, avulsión, accesión, aluvión, sucesión, adjudicación, prescripción y sucesión de Estados). En tanto parte integral del territorio del Estado, la plataforma continental se encuentra sometida a la soberanía del ribereño. Según el derecho internacional público, la plataforma continental forma parte integral del territorio de los Estados ribereños y, por tanto, sobre esta área submarina los Estados ejercen con total plenitud, exclusividad y autonomía todas sus competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, salvo las restricciones expresamente establecidas en normas de derecho internacional consuetudinario o convencional.

SOBERANIA DEL ESTADO-Alcance

La soberanía del Estado, desde la perspectiva del derecho internacional público, se manifiesta en forma dual. A nivel internacional, consiste, entre otras cosas, en la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, etc. A nivel interno, la soberanía consiste en la posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados.

CONVENCIONES SOBRE DERECHO DEL MAR-Regulación del patrimonio cultural sumergido

Es cierto en principio que ninguna de las cuatro convenciones de Ginebra de 1958 sobre Derecho del Mar, ni la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 en toda su minuciosidad, ni la jurisprudencia internacional se refieren a asuntos relacionados con el patrimonio cultural sumergido. No obstante, el silencio del derecho internacional público en la materia implica el derecho del Estado ribereño a ejercer la totalidad de sus facultades, una de las cuales, si no la más importante, es la de regular dicha zona en cuanto se refiere a los bienes que por su valor puedan integrar el patrimonio cultural sumergido. Efectivamente, nada en el derecho internacional público permite suponer que el hecho de que la Convención de Ginebra no hubiere hecho alusión a los bienes de valor arqueológico, histórico o cultural que se encuentren en el suelo marino de la plataforma continental, comporte la aplicación a los mismos del régimen de plena libertad que gobierna a los fondos oceánicos comunes.

PATRIMONIO CULTURAL Y ARQUEOLOGICO SUMERGIDO-Protección

El Estado colombiano decidió expedir la norma que se estudia, en virtud de la cual pertenecen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación, las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, los restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar, que se encuentren en el suelo o subsuelo marinos de la plataforma continental. Conforme a lo anterior, el Estado colombiano no hace otra cosa que cumplir con imperativos mandatos constitucionales al regular los asuntos relativos al patrimonio cultural sumergido que se encuentre en su plataforma continental, la cual, forma parte de su territorio. De este modo, es posible afirmar que las disposiciones relativas al patrimonio cultural sumergido que se encuentre en la plataforma continental colombiana constituyen el ejercicio legítimo de una competencia que la Constitución Política le otorga al legislador nacional y son desarrollo directo de mandatos que el propio texto constitucional le impone a este último.

Referencia: Expediente D-1868.

Actor: Danilo Devis Pereira.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9° (parcial) de la Ley 397 de 1997, "Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias".

Temas: Significado y alcance del artículo 101 de la Constitución.

Bloque de constitucionalidad y tratados sobre límites del territorio

Plataforma continental.

Derecho internacional y derecho interno.

Derecho del mar.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de constitucionalidad contra el artículo 9° (parcial) de la Ley 397 de 1997, "Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias".

I. TEXTO DE LA NORMA REVISADA

LEY 397 DE 1997

(agosto 7)

"Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias".

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...)

Artículo 9°. DEL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO. Pertenecen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación, por su valor histórico o arqueológico, que deberá ser determinado por el Ministerio de Cultura, las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar, que se encuentren en el suelo o subsuelo marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental o zona económica exclusiva, cualesquiera que sea su naturaleza o estado y la causa o época del hundimiento o naufragio. Los restos o partes de embarcaciones, dotaciones o bienes que se encuentren en circunstancias similares, también tienen el carácter de especies náufragas.

Parágrafo 1°. Toda exploración y remoción del patrimonio cultural sumergido, por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, requiere autorización

previa del Ministerio de Cultura, y de la Dirección General Marítima, Dimar, del Ministerio de Defensa Nacional, la cual será temporal y precisa.

Si en ejercicio de la autorización se produjere un hallazgo, deberá denunciarse el mismo ante tal Dirección, con el fin de que ésta acredite como denunciante a quien lo haya hecho, mediante acto reservado y debidamente motivado.

Si como consecuencia de la denuncia se produce el rescate en las coordenadas geográficas indicadas por el denunciante, éste tendrá derecho a un porcentaje del valor bruto de las especies náufragas que será reglamentado por el Gobierno Nacional, oído el concepto del Consejo Nacional de Cultura.

Para los contratos de rescate, el denunciante debe ofrecer primero a la Nación los objetos que por derecho le pertenezcan, y sólo después a otras entidades.

Parágrafo 2°. Los métodos utilizados para la exploración y remoción del patrimonio cultural sumergido deben evitar su destrucción, con el fin de otorgar la mayor claridad sobre el posible hallazgo y preservar la información cultural del mismo, aun si esto implicara dejarlo en su sitio en espera de otros métodos y tecnologías que permitan su rescate o estudio sin daño alguno. En cualquier caso, debe estar presente como supervisor, un grupo de arqueólogos submarinos debidamente acreditados por el Ministerio de Cultura.

Para efectos de lo previsto en este artículo, la Comisión de Especies Náufragas de que trata el Decreto 29 de 1984, rendirá concepto previo a la Dirección General Marítima, Dimar, y obrará como organismo asesor del Gobierno en la materia.

Corresponderá al Ministerio de Cultura determinar el destino o uso de las especies náufragas rescatadas, pudiendo celebrar convenios de administración con entidades públicas o privadas que tengan como una de sus actividades principales la ejecución de programas abiertos al público.

El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en este artículo (se subraya lo demandado).

II. ANTECEDENTES

1. El Congreso de la República expidió la Ley 397 de 1997, "Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias", la cual fue publicada en el Diario Oficial No. 43.102 de agosto 7 de 1997.

2. El ciudadano Danilo Devis Pereira demandó, en forma parcial, el artículo 9° de la Ley 397 de 1997, por considerarlo violatorio del artículo 101 de la Constitución Política.

3. Mediante escrito fechado el 6 de noviembre de 1997, el apoderado del Ministerio de Cultura defendió la constitucionalidad de la norma acusada.

4. El representante judicial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por medio de memorial fechado el 6 de noviembre de 1997, solicitó la declaratoria de exequibilidad de la disposición demandada.

5. El Procurador General de la Nación, mediante concepto fechado el 1° de diciembre de 1997, solicitó a esta Corporación declarar la exequibilidad de la norma acusada.

III. LA DEMANDA

El demandante considera que la expresión "la plataforma continental", contenida en el artículo 9° de la Ley 397 de 1997, es violatoria del artículo 101 de la Constitución Política, en cuyo inciso primero se establece que "los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación".

Indica que la Ley 9ª de 1961 incorporó al derecho interno colombiano la Convención sobre la Plataforma Continental, suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958, en cuyo artículo II-1 se establece que "el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y explotación de sus recursos naturales". Esta misma norma, en su numeral 4°, entiende por "recursos naturales" los recursos minerales, los recursos no vivos del lecho del mar, los órganos vivos pertenecientes a especies sedentarias, es decir, "aquellos que en el período de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo, o solo pueden moverse en constante contacto físico con dicho lecho o subsuelo". Así mismo, el libelista pone de manifiesto que la limitación al ejercicio de la soberanía nacional en la plataforma continental, contenida en el Convenio antes mencionado, fue ratificada por la legislación nacional cuando en el artículo 10 de la Ley 10 de 1978 se dispuso que "la soberanía de la Nación se extiende a su plataforma continental para los efectos de la exploración y explotación de los recursos naturales".

Con base en lo anterior, el actor considera que "no obstante que la Convención de Ginebra de 1958 (en concordancia con el artículo 101 de la Constitución), determina que Colombia ejerce soberanía sobre su plataforma continental sólo para efectos de la exploración y explotación de sus recursos naturales, en la norma acusada se desconocen esos límites o restricciones, definidos por un tratado internacional, y se declara que pertenecen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación bienes que se encuentran en su plataforma continental, que no son recursos naturales, conforme a la definición que de tales recursos trae el numeral 4° del artículo II de la misma Convención". En este orden de ideas, considera que las especies náufragas yacentes en el fondo del mar se encuentran por fuera de los alcances de la soberanía que ejerce el Estado colombiano sobre la plataforma continental, como quiera que las normas de la Convención de Ginebra de 1958 sólo autorizan a los Estados a ejercer esa soberanía sobre los recursos naturales, "como minerales, plantas, peces, etc., que sí pueden adjudicarse, reservarse, dejarse a apropiación individual, etc."

Según el demandante, en el presente caso debe darse aplicación al principio de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, el cual se encuentra consagrado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, e incorporada por Colombia a su ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 32 de 1985. En su opinión, el mencionado principio de prevalencia se encuentra expresamente consagrado en el inciso primero del artículo 101 de la Carta Política, en relación con los límites territoriales del Estado colombiano.

Por otra parte, señala que el antecedente inmediato de la norma acusada se encuentra en el artículo 4° de la Ley 26 de 1986, el cual, al referirse a las especies náufragas, limitaba la soberanía de la Nación sobre éstas a aquellas que se encontrasen en las aguas interiores, el mar territorial y la zona económica exclusiva, todo de conformidad con las disposiciones de la Ley 10 de 1978. El actor anota que "el artículo 9° de la Ley 397 de 1997, por el contrario, incluyó la plataforma continental en la declaración de pertenencia de tales bienes, y simplemente la

extendió a los que se encuentren en su suelo o subsuelo, 'cualquiera que sea su naturaleza', como textualmente lo expresa. Al desconocer la limitación a la soberanía y jurisdicción del Estado sobre su plataforma continental, impuesta por la convención de Ginebra de 1958, la norma acusada violó el artículo 101 de la Carta política, según el cual los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, y debidamente ratificados por el Presidente de la República".

Igualmente, el libelista manifiesta que el consentimiento del Estado ribereño para la realización de investigaciones científicas en su plataforma continental, al que se refiere el artículo V-8 de la Convención de Ginebra de 1958, el cual sólo puede ser negado con base en las causales que allí se enuncian en forma taxativa, refuerza el planteamiento según la soberanía de los Estados sobre su plataforma continental es de carácter restringido.

Por último, agrega que la delimitación de las fronteras de un Estado es una materia que pertenece a la órbita del derecho internacional público, pese a estar regulada por normas constitucionales. Por esta razón, las estipulaciones de carácter legal que modifiquen los límites de un Estado fijados en virtud de tratados internacionales son inocuas, como quiera que éstos no pueden ser modificados por la voluntad unilateral de aquél.

IV. INTERVENCIONES

Intervención del Ministerio de Cultura

En opinión del apoderado del Ministerio de Cultura, el artículo II-1 de la Convención de Ginebra de 1958 confiere a los Estados ribereños los derechos a explorar su plataforma continental y a explotar los recursos naturales que en ésta se encuentren. De igual forma, indica que mientras esta norma sólo se refiere a los recursos naturales, el artículo 9° de la Ley 397 de 1997 únicamente trata de bienes cuyo valor histórico, arqueológico o artístico determina que formen parte del patrimonio cultural de la Nación y que, por tanto, no puedan ser clasificados como recursos naturales. Con base en lo anterior, se pregunta qué ocurre con aquellos bienes que no son recursos naturales pero reposan en el fondo del mar, en punto a la aplicación de la Convención sobre la Plataforma Continental.

Para dar respuesta a este interrogante el interviniente señala, en primer lugar, que la anotada Convención "reconoce el derecho de los Estados ribereños a explorar su plataforma de manera exclusiva y excluyente (salvo que el Estado en ejercicio de su soberanía confiera permiso a otros Estados u organizaciones internacionales para hacerlo)". A su juicio, las opiniones de doctrinantes nacionales que el demandante cita para defender la tesis contraria no constituyen argumento suficiente para sustentarla, como quiera que en derecho internacional público la doctrina sólo es fuente de derecho si ella proviene de "un publicista reconocido a nivel internacional", carácter del que carecen los autores citados por el libelista.

Por otra parte, indica que en la Convención de Ginebra no existe referencia alguna a los bienes de que trata el artículo 9° de la Ley 397 de 1997, toda vez que no son susceptibles de exploración en tanto son bienes "que hacen parte de la historia de una cultura y del patrimonio cultural de la Nación, por lo que revisten un valor histórico y arqueológico que no puede ser estipulado en términos comerciales". Así mismo, estima que, precisamente por el motivo antes anotado, la tendencia del derecho internacional contemporáneo consiste en sustraer este tipo de bienes del tráfico comercial.

El representante judicial del Ministerio de Cultura considera que "la Convención no niega a los Estados ribereños la posibilidad de apropiarse de este tipo de bienes, cuando los encuentren

sobre su plataforma continental. Menos aún si se tiene en cuenta que cada uno de estos Estados tiene la exclusividad de explorar su propia plataforma, lo cual cierra la posibilidad de que otro Estado, una organización o un particular reclame para sí una especie náufraga o un descubrimiento arqueológico, a menos que el correspondiente Estado haya dado su consentimiento. En consecuencia nada se opone a que una ley interna de un Estado ribereño establezca la propiedad de la correspondiente Nación sobre este tipo de bienes. Una conclusión diferente carece de lógica, pues implicaría que el Estado no podría reclamar, proteger y regular las especies náufragas, ciudades y cementerios sumergidos que eventualmente se encontrara en su plataforma continental y que integrarían su patrimonio histórico y cultural. Al fin y al cabo, ¿no es acaso el Estado que tiene derecho a encontrarlos, -por hallarse en un área sobre la que ejerce soberanía- el llamado a reivindicar su dominio, más aun cuando se trata de bienes con un alto valor histórico y cultural para la Nación que este representa?" En suma, estima que la Convención de Ginebra de 1958, al no ocuparse de las especies náufragas y otros bienes de valor cultural sumergidos en el mar, deja un vacío que puede ser llenado por la legislación interna de los Estados ribereños. Así mismo anota que la norma acusada solo tiene efectos en el derecho interno de Colombia, sin pretensión alguna "de generar efectos en el ámbito internacional".

Por último, el interviniente afirma que el artículo 9° de la Ley 397 de 1997 desarrolla el mandato contenido en el artículo 72 de la Carta Política, el cual coloca al patrimonio cultural bajo la protección de la Nación y determina que corresponde establecer a la ley los mecanismos para que los bienes que formen parte de ese patrimonio y que se encuentren en manos de particulares sean readquiridos por el Estado colombiano. En consecuencia, "lejos de contrariar las disposiciones constitucionales la norma demandada se ajusta a éstas, determinando los bienes que, dada su naturaleza y características, son parte del patrimonio cultural e histórico de la Nación".

Intervención del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

El apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República inicia su intervención distinguiendo las dos formas en que los Estados ribereños ejercen sus derechos de soberanía sobre la plataforma continental. En primer lugar, esos Estados ejercen sus derechos "para efectos de la exploración de la plataforma continental" y, en segundo término, los ejercen "para efectos de la explotación de sus recursos naturales". A su juicio, a través de las facultades que hacen relación a la exploración de la plataforma continental, los Estados persiguen el descubrimiento de lo que existe en aquella. Precisa que "en cuanto a la exploración, y atendiendo a la sana lógica, la norma no especifica la clase de objetos susceptibles de ser encontrados en la eventual exploración, por cuanto pueden ser de diversas clases". En esta medida, al explorar la plataforma continental los Estados pueden encontrar no solamente seres vivos, sino objetos de cualquier clase. Alega que las facultades relativas a la explotación de los recursos naturales deben ser entendidas como una autorización a los Estados ribereños para obtener cualquier tipo de utilidad económica, "proveniente de los recursos naturales que reposan en su plataforma continental". Conforme a esta definición, no pueden llevarse a cabo actividades de explotación respecto de los bienes que forman parte del patrimonio cultural y arqueológico de la Nación, como quiera que su naturaleza no permite extraer de ellos una utilidad de carácter económico. A este respecto, considera que los bienes pertenecientes al patrimonio cultural, histórico y arqueológico de la Nación tienen un carácter "esencial" que ha determinado su protección a través de leyes y tratados internacionales y que no puedan considerarse como bienes de comercio.

Según el interviniente, "ha sido de tal trascendencia y ha jugado un papel tan importante el tema de los bienes de valor histórico, arqueológico y cultural, en el desarrollo y evolución de los pueblos, que han sido expedidas una gran cantidad de normas dirigidas a la preservación de estos bienes, cuyo objeto esencial ha sido el de eliminar la posibilidad de que los mismos, terminen convirtiéndose en objetos de libre comercio y sujetos de una simple explotación económica, que en nada positivo contribuiría, distinto a una exagerada atenuación de su verdadero valor, difícilmente calculable en dinero". Por esta razón, los Estados no pueden disponer libremente de este tipo de bienes y, mucho menos, explotarlos a su arbitrio.

Con base en estas reflexiones, el apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República manifiesta que la Convención de Ginebra de 1958 no establece limitación alguna a la soberanía de los Estados ribereños, salvo "la imposibilidad que tienen de explotar -en los términos antes descritos-, objetos diferentes a los recursos naturales, entre los que es posible clasificar los objetos de interés histórico, cultural y arqueológico". A su juicio, en la medida en que no existe la limitación de soberanía sobre la plataforma continental a que hace referencia el demandante, el artículo 397 de la Ley 397 de 1997 no vulnera la Constitución Política.

De otra parte, el interviniente anota que las restricciones que se establezcan en un convenio internacional a la soberanía de los Estados, deben ser de carácter expreso, lo cual no ocurre con la Convención de Ginebra de 1958. En efecto, "si bien es cierto que la Convención de Ginebra concede expresamente al Estado ribereño la facultad de explorar su plataforma continental y en consecuencia aparece la posibilidad de encontrar bienes de valor histórico y cultural, no establece en este sentido, ninguna prohibición, fuera de la limitación (...), con respecto a la explotación [económica] de los mismos".

Por último, el representante judicial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República destaca la importancia que, en los últimos tiempos, el derecho internacional le ha venido otorgando a los temas relativos al patrimonio cultural sumergido y al interés público que se desprende de este último. Es así como la Asociación de Derecho Internacional se encuentra trabajando en la actualidad en la preparación de una convención internacional para la protección del patrimonio cultural sumergido.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación señala que los efectos de la plataforma continental, como institución jurídica de derecho internacional, fueron definidos en la Convención sobre la Plataforma Continental, suscrita en Ginebra en 1958 e incorporada al derecho colombiano mediante la Ley 9ª de 1961. Anota que el mencionado instrumento internacional "estipula que el Estado ribereño ejerce derecho de soberanía sobre la plataforma continental para su exploración y explotación de sus recursos naturales. Los derechos del Estado ribereño son exclusivos en el sentido que ningún otro Estado, ni personas jurídicas o naturales, podrán adelantar en ella la exploración de la plataforma y la explotación de los recursos naturales, salvo el expreso consentimiento del Estado".

La vista fiscal indica que, según el artículo 101 de la Constitución Política, la plataforma continental forma parte del territorio colombiano y que, por expresa remisión del texto superior, su significación y alcance jurídicos deben ser determinados a la luz del derecho internacional.

En opinión del representante del Ministerio Público, el aparte demandado del artículo 9° de la Ley 397 de 1997 no es contrario a las disposiciones del artículo 101 de la Carta Política ni a lo estipulado en la Convención de Ginebra de 1958, como quiera que "de conformidad con

lo señalado en el citado instrumento, los Estados ribereños, en ejercicio de su soberanía, tienen competencia para explorar la plataforma continental y explotar los recursos naturales en ella contenidos, bien sea en forma directa, o mediante la concesión de permisos a otros Estados, organizaciones internacionales de diferente naturaleza o cualquier tipo de personas naturales o jurídicas que estén interesados en realizar estas actividades" Alega que las especies náufragas y otros bienes culturales a que hace referencia la norma acusada no se encuentran contemplados dentro de la definición de "recursos naturales" establecida en la Convención de Ginebra de 1958, razón por la cual este tipo de bienes no forman parte "de las materias contenidas en la Convención, ya que su presencia o existencia es aleatoria, fortuita al medio marino".

Según el concepto fiscal, en cuanto los Estados ribereños gozan de competencias soberanas y exclusivas sobre su plataforma continental tienen el derecho a declarar que las especies náufragas que yacen en esa área forman parte de su patrimonio cultural o arqueológico. Adicionalmente, los artículos 70 y 72 del Estatuto Superior, al establecer que todas las manifestaciones de la cultura constituyen fundamento de la nacionalidad y que el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales conforman la identidad nacional y son inalienables, inembargables e imprescriptibles, confieren al Estado colombiano la facultad para adoptar medidas tendentes a su protección y conservación. Conforme a lo anterior, manifiesta que "resulta evidente que el legislador en un acto legítimo y propio de sus funciones, expidió la norma atacada con el objeto de preservar, conservar y recuperar bienes de esta naturaleza, por cuanto es probable que sobre la plataforma continental existan algunos bienes o elementos con valor histórico o arqueológico, que pueden ser hallados a través de las labores de explotación ejecutadas en esta área, siendo innegable que ellos pertenecen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación. Además es pertinente señalar que el Constituyente, en el artículo 72 de la Carta, ha autorizado al legislador para establecer mecanismos tendientes a recuperar o readquirir dichos bienes, cuando se encuentren en manos de particulares".

VI. FUNDAMENTOS

Competencia

1. En los términos del artículo 241-4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda.

El problema planteado

2. A juicio del demandante, el aparte acusado del artículo 9° de la Ley 397 de 1997, al incluir dentro del patrimonio cultural o arqueológico de la Nación bienes yacentes sobre la plataforma continental de Colombia que no constituyen recursos naturales, viola lo dispuesto en la Convención sobre la Plataforma Continental, aprobada en Ginebra en 1958 e incorporada al derecho interno colombiano mediante la Ley 9ª de 1961 y, en consecuencia, quebranta lo dispuesto en el artículo 101 de la Constitución. En su criterio, el mencionado artículo establece la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno en materia de límites territoriales.

Las autoridades públicas intervinientes consideran que la disposición acusada es exequible. Básicamente, afirman que la Convención sobre la Plataforma Continental solo es aplicable a la exploración y explotación de los recursos naturales que se encuentren en las plataformas continentales de los Estados ribereños, pero sus normas no son extensivas a las especies náufragas u otros bienes de valor cultural que reposen sobre esa área. Estiman que, en tanto los Estados tienen el derecho exclusivo a explorar su plataforma continental, nada impide que se

apropien del tipo de bienes antes indicado. Además, señalan que al existir un vacío regulatorio a nivel internacional en relación con los bienes de valor histórico, arqueológico o cultural que se encuentren sobre la plataforma continental, los Estados están autorizados a llenar ese vacío mediante su legislación interna.

El Procurador General de la Nación considera que el aparte acusado no se opone en lo absoluto a lo dispuesto en la Constitución Política. A su juicio, las normas de la Convención sobre la Plataforma Continental no son aplicables a las especies náufragas y otros bienes culturales, toda vez que sólo hacen referencia a los recursos naturales. Considera que los Estados ribereños gozan de competencias soberanas y exclusivas sobre su plataforma continental que les otorgan el derecho a declarar que las especies náufragas que yacen en esa área forman parte de su patrimonio cultural o arqueológico. Por último, anota que la norma acusada fue expedida legítimamente por el legislador en uso de las competencias que le otorgan los artículos 70 y 72 del Estatuto Superior.

3. El problema planteado por la demanda debe ser subdividido, a su turno, en varias cuestiones distintas pero intrínsecamente relacionadas, que constituyen las distintas premisas del cargo de constitucionalidad. Ciertamente, el demandante considera que el aparte acusado del artículo 9° de la Ley 397 de 1997 viola el artículo 101 de la Constitución, porque extiende la soberanía del Estado sobre su plataforma continental, más allá de lo autorizado por la Convención sobre la Plataforma Continental suscrita en Ginebra en 1958.

En los términos planteados, la Corporación debe, en primer lugar, precisar cuál es el significado y alcance del artículo 101 de la C.P. En efecto, el cargo formulado tendría sentido si y sólo si fuera cierta la premisa general de la cual parte la demanda, que consiste en sostener que la transgresión de un tratado internacional que consagre límites al ejercicio de la soberanía del Estado colombiano constituye, además de una lesión al derecho internacional, una violación de lo dispuesto en el artículo 101 de la Constitución.

En consecuencia, la Corte tendrá que resolver, en su orden, los siguientes cuatro interrogantes (1) ¿A qué tipo de tratados internacionales se refiere el artículo 101 de la Constitución?(2); ¿Constituyen los mencionados tratados parámetro de control constitucional del derecho interno?(3); ¿La Convención sobre la Plataforma Continental de 1958 hace parte de aquellos tratados a que se refiere el artículo 101 de la C.P.?(4); y, ¿El aparte demandado del artículo 9° de la Ley 397 de 1997 viola lo dispuesto en la mencionada Convención sobre la Plataforma Continental?

Bloque de constitucionalidad y tratados sobre límites

4. El artículo 101 del Estatuto Superior determina que los límites territoriales de la República de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales que apruebe el Congreso y que ratifique el Presidente y en los laudos arbitrales en que forme parte la Nación. Así mismo, dispone que esos límites sólo podrán ser modificados mediante los respectivos convenios internacionales.

La lectura de la norma constitucional antes mencionada permite preguntarse, en primer lugar, a qué tipo de tratados internacionales se refiere. Efectivamente, en el derecho internacional público es posible distinguir dos tipos de instrumentos convencionales relacionados con los límites territoriales de los Estados. En primer lugar, se encuentran aquellos tratados que, de manera específica, determinan los límites geográficos que separan a un determinado país de aquellos otros con los cuales colinda o los que definen concretamente las áreas marinas y submarinas de cada

Estado[1] De otro lado, es posible identificar aquellos instrumentos internacionales, usualmente de carácter multilateral, mediante los cuales la comunidad internacional determina las reglas generales que deben guiar la fijación de los límites específicos de la soberanía estatal en ciertos espacios. Dentro de esta última categoría se destacan aquellas convenciones internacionales que regulan el derecho del mar, es decir, aquellos tratados en los cuales se fijan los derechos que los Estados pueden ejercer sobre sus aguas interiores, su mar territorial, su plataforma continental, su zona económica exclusiva y el alta mar, así como las reglas por medio de las cuales es posible proceder a la delimitación de dichos espacios marítimos[2]. Igualmente, es posible incluir dentro de este tipo de tratados aquellos que se refieren a los derechos que ostentan los Estados sobre los espacios aéreo y ultraterrestre.

Ambas especies de tratados de límites deben considerarse incluidas en el texto del artículo 101 de la Constitución Política. En efecto, el primer tipo de convenciones permite establecer con precisión cuáles son las fronteras de la República de Colombia, toda vez que allí se determinan los puntos o accidentes geográficos a partir de los cuales comienza el territorio nacional y termina el territorio de alguno de los países vecinos. De igual modo, este tipo de convenciones delimita con precisión y establece las coordenadas geográficas de las áreas

---

[1] En el caso de Colombia, los límites terrestres del país fueron fijados por los siguientes tratados bilaterales: (1) con Brasil mediante el Tratado García Ortiz-Mangabeira, suscrito el 15 de noviembre de 1928 y aprobado por la Ley 43 de 1929; (2) con Ecuador mediante el Tratado Muñoz Vernaza-Suárez, suscrito el 15 de julio de 1916 y aprobado por la Ley 59 de 1916; (3) con Panamá mediante el Tratado Vélez-Victoria, suscrito el 20 de agosto de 1924 y aprobado por la Ley 53 de 1924; (4) con Perú mediante el Tratado Lozano-Salomón, suscrito el 24 de marzo de 1922 y aprobado por la Ley 55 de 1925, y por el Protocolo de Amistad y Cooperación Perú-Colombia, suscrito el 24 de mayo de 1934 y aprobado por la Ley 17 de 1935; y, (5) con Venezuela mediante el Tratado López de Mesa-Borges, suscrito el 5 de abril de 1941 y aprobado por la Ley 8ª de 1941. Por su parte, las fronteras marítimas de Colombia fueron fijadas mediante los siguientes instrumentos: (1) Tratado de Delimitación de Areas Marinas y Submarinas y Cooperación Marítima entre las Repúblicas de Colombia y del Ecuador, suscrito el 23 de agosto de 1975 y aprobado por la Ley 32 de 1975; (2) Tratado de Delimitación de Areas Marinas y Submarinas y Asuntos Conexos entre la República de Panamá y la República de Colombia, suscrito el 20 de noviembre de 1976 y aprobado por la Ley 4ª de 1977; (3) Tratado sobre Delimitación de Areas Marinas y Submarinas y Cooperación Marítima entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito el 17 de marzo de 1977 y aprobado por la Ley 8ª de 1978; (4) Tratado de Delimitación de Areas Marinas y Submarinas y Cooperación Marítima entre la República de Colombia y la República Dominicana, suscrito el 13 de enero de 1978 y aprobado por la Ley 38 de 1978; (5) Acuerdo de Delimitación de Fronteras Marítimas entre Colombia y Haití, suscrito el 17 de febrero de 1978 y aprobado por la Ley 24 de 1978; y, (6) Tratado Esguerra-Bárcenas que delimita las fronteras marítimas entre Colombia y Nicaragua, suscrito el 24 de marzo de 1928 y aprobado por la Ley 93 de 1928; (7) Tratado sobre delimitación Marítima entre la República de Colombia y Jamaica, suscrito en Kingston el 12 de noviembre de 1993 y aprobado por Ley 90 de 1993.

[2] El 29 de abril de 1958, dentro de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, fueron aprobadas cuatro convenciones sobre esta materia: (1) Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua: (2) Convención sobre la Plataforma Continental; (3) Convención sobre el Alta Mar; y, (4) Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos en el Alta Mar. De estos cuatro instrumentos, Colombia sólo aprobó la Convención sobre la Plataforma Continental y la Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos en el Alta Mar, mediante las Leyes 9 y 119 de 1961, respectivamente. Posteriormente, dentro de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, fue aprobada en Montego Bay (Jamaica), el 10 de diciembre de 1982, la Convención sobre el Derecho del Mar, la cual no ha entrado aún en vigor, sin perjuicio de que la Corte Internacional de Justicia haya estimado que algunos de sus apartes sean aplicables en calidad de Derecho Internacional consuetudinario, obligatorio para todos los Estados. Es necesario anotar que el Congreso de la República expidió la Ley 10 de 1978, mediante la cual se establecieron la extensión y los derechos que Colombia ejerce sobre su mar territorial, su zona económica exclusiva y su plataforma continental.

marinas y submarinas que forman parte del territorio colombiano. En suma, sin estos tratados no sería posible establecer con entera claridad, cuáles son los espacios físicos sobre los que Colombia ejerce su soberanía.

De otra parte, los instrumentos internacionales de la segunda clase, es decir, aquellos en los cuales se fijan las reglas generales para la delimitación de los espacios dentro de los cuales los Estados pueden ejercer derechos soberanos o derechos de soberanía, así como la forma de ejercerlos, también hacen parte de los tratados a que se refiere el artículo 101 de la Carta. En efecto, de una parte en éstos convenios se encuentran fijados los principios y reglas que permiten la interpretación del primer tipo de convenciones antes mencionadas. En segundo lugar, en algunos casos, constituyen los únicos instrumentos internacionales susceptibles de regular disputas en materia del ejercicio del poder público de dos o más Estados en un determinado espacio. En resumen, es a la luz de este último tipo de tratados que los Estados pueden establecer cuáles son las prerrogativas que les otorga el derecho internacional público sobre un determinado espacio, así como las limitaciones que esta normatividad les impone con miras a la conservación y la armonía del orden público internacional.

El territorio a que hace referencia el anotado artículo 101 del Estatuto Superior no sólo tiene una dimensión de orden interno cuya regulación y efectos jurídicos deben ser establecidos por la Constitución Política y las normas internas que a ésta se subordinan, sino también, una dimensión de carácter internacional que resulta establecida y regulada por esta segunda índole de tratados internacionales. En definitiva, es posible afirmar que la noción de "territorio" a la que alude la Carta Política es de carácter completo, es decir, incluye tanto su dimensión interna o doméstica como su dimensión internacional, la cual no puede ser comprendida sin las normas contempladas por la segunda clase de convenios internacionales a que se ha venido haciendo referencia.

5. En la medida en que la Constitución, al referirse al territorio de la República, se remite a lo establecido en los tratados internacionales cuya naturaleza se indicó más arriba, cabe preguntarse si estas normas se convierten en parámetro del control de constitucionalidad del derecho interno.

En reiterada jurisprudencia, la Corte ha considerado que una norma de carácter legal puede vulnerar la Carta Política no sólo por violar directamente unos de sus artículos sino, también, cuando conculca una serie de normas cuyo texto no forma parte del articulado constitucional, pero al que éste otorga, expresamente, un cierto carácter de "supralegalidad" Lo anterior ocurre, particularmente, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 del Estatuto Superior[3], de las leyes orgánicas[4] (C.P., artículo 151), de las leyes estatutarias[5] (C.P., artículo 152) y, como se verá adelante, de los tratados que integran el contenido normativo del artículo 101 de la Carta. Podría afirmarse que el texto de la Constitución, junto con el conjunto de normas antes mencionadas, conforman lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado el bloque de constitucionalidad en sentido lato, es

---

[3] Véanse, entre otras, las sentencias SC-295/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SC-179/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SC-225/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero, SC-578/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SC-327/97 M.P. Fabio Morón Díaz.

[4] Véanse, entre otras, las sentencias SC-337/93 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, SC-423/95 M.P. Fabio Morón Díaz, SC-600A/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero, SC-287/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[5] Véanse las sentencias SC-578/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y SC-358/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

decir aquellas disposiciones que pese a no tener, todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro de control de constitucionalidad[6].

Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., art. 93). Con respecto a la acepción estricta del concepto de bloque de constitucionalidad, esta Corporación ha sentado la siguiente doctrina:

> *"Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que pueda a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional* stricto sensu"[7].

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias. Sobre este punto, la Corporación se ha expresado como sigue:

> *"Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque 'son normas situadas en el nivel constitucional', como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos"*[8].

En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad lato sensu, se caracterizan por: (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte

---

[6] SC-358/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[7] SC-225/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[8] SC-358/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional.

6. Esta Corporación ha expresado que, de manera general, los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias. Sin embargo, la jurisprudencia ha dejado abiertas las puertas para incluir convenios internacionales distintos a los mencionados en el artículo 93 de la Carta dentro del bloque de constitucionalidad si alguna norma constitucional, por expresa referencia, los incluye dentro del mismo[9].

7. El artículo 101 de la Carta, al definir los límites territoriales del Estado colombiano, remite por completo a lo establecido en los tratados internacionales que sobre esta materia haya suscrito y ratificado Colombia. El anotado artículo se convierte así en una especie de norma en blanco cuyo contenido debe ser completado a la luz de lo dispuesto en los mencionados instrumentos internacionales. Por vía de la remisión expresa que a ellos efectúa el artículo 101 de la Constitución, los tratados que definen los límites del territorio colombiano entran a formar parte del bloque de constitucionalidad lato sensu, y, por lo tanto, las normas que expidan las autoridades públicas no pueden contravenirlos a riesgo de ser declaradas inexequibles por violar el artículo 101 del Estatuto Superior. Sin embargo, es menester precisar que, aun cuando se conviertan en parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, los tratados sobre límites no tienen valor constitucional sino un valor normativo similar al de las leyes orgánicas y las leyes estatutarias, es decir, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias. En esta medida, las normas que expida el Congreso de la República no pueden modificar lo dispuesto en los anotados convenios internacionales, cuyo contenido sólo puede ser alterado mediante la suscripción de otro tratado que expresamente lo modifique, según se desprende de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Carta.

8. Los fundamentos jurídicos anteriores permiten afirmar que la Convención sobre la Plataforma Continental, suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958 e incorporada al derecho colombiano por la Ley 9ª de 1961, en cuanto establece las reglas para delimitar la plataforma continental de los Estados ribereños y los derechos que éstos pueden ejercer sobre esa área submarina, hace parte del bloque de constitucionalidad lato sensu. En efecto, se trata de un convenio que establece los límites del ejercicio de la soberanía en uno de los principales espacios marítimos del territorio nacional y, en consecuencia, integra el contenido normativo del artículo 101 de la Carta.

Por lo anterior, si las leyes ordinarias no pueden contravenir lo dispuesto en los convenios internacionales de que trata el artículo 101 constitucional, es posible afirmar que la violación de lo dispuesto en la Convención sobre la Plataforma Continental, acarrea la inconstitucionalidad de aquella ley ordinaria que contravenga su contenido, como quiera que tal Convención forma parte del contenido normativo del mencionado artículo 101 de la Carta.

Resta estudiar si, como lo afirma el demandante, el aparte acusado del artículo 9° de la Ley 397 de 1997, viola la ya citada Convención sobre Plataforma Continental o, en general, las disposiciones de derecho internacional público aplicable a nuestro país que limitan la soberanía del Estado sobre esta específica área submarina.

---

[9] SC-358/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ejercicio de la soberanía y plataforma continental

9. El examen de constitucionalidad que suscita la demanda bajo estudio debe atender, en gran medida, a los principios y reglas establecidos por el derecho internacional público en relación con los derechos que los Estados ribereños ostentan sobre su plataforma continental. Ciertamente, el artículo 101 de la Carta efectúa una remisión explícita al derecho internacional público, de manera tal que las cuestiones atinentes al territorio de la República de Colombia deben ser resueltas a la luz de este último ordenamiento. Sólo en el evento de que no existan principios o normas internacionales aplicables al caso bajo examen, podrá, subsidiariamente, ser solventado conforme a disposiciones del derecho doméstico.

10. En primer lugar, es necesario establecer con la mayor precisión posible cuál es el derecho internacional que regula los asuntos relacionados con la plataforma continental de los Estados ribereños. Para el logro de este propósito, es menester presentar una breve evolución de la normatividad que constituye el derecho internacional del mar.

En general, puede afirmarse que el desarrollo del derecho del mar se ha caracterizado por una cada vez mayor apropiación de los espacios marinos y submarinos por parte de los Estados ribereños, en desmedro de la plena libertad de circulación, exploración y explotación de los bienes y recursos del mar por parte de los restantes Estados. En este proceso de extensión de la soberanía nacional, surgió la categoría jurídica de plataforma continental y se establecieron y regularon los derechos de los Estados sobre esta área.

En efecto, en una primera fase del derecho internacional del mar, el espacio marítimo se dividía, básicamente, en dos categorías: el mar territorial, que era entendido como una extensión del territorio del Estado ribereño y alta mar, territorio de nadie o de quien primero llegare a colonizar sus bienes y recursos. No obstante, a partir de decisiones unilaterales de algunos Estados e, incluso, de acuerdos bilaterales y multilaterales, se crearon algunas reglas que extendían y regulaban los derechos de soberanía del Estado ribereño más allá del mar territorial. Dichas reglas fueron recogidas en las cuatro convenciones de Ginebra sobre derecho del mar de abril 29 de 1958 (v. nota 2). De los cuatro convenios mencionados, Colombia sólo aprobó y ratificó la Convención sobre la Plataforma Continental y la Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos en el Alta Mar, las cuales incorporó a su derecho interno mediante las Leyes 9ª y 119 de 1961, respectivamente.

Posteriormente, se celebró la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, cuya culminación consistió en la aprobación, el 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay (Jamaica), de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. Sin embargo, a la fecha, la mencionada Convención no ha entrado en vigor, como quiera que aún no ha sido ratificada por el número de países necesarios para que ello se produzca . Este instrumento recoge, por una parte, las normas de las cuatro convenciones de Ginebra y, de otro lado, establece nuevas normas que, en algunos casos, han originado una práctica internacional tan importante que ha dado lugar a principios y normas internacionales de carácter consuetudinario. Esto último ha ocurrido, por ejemplo, con el conjunto de normas que crean y regulan el espacio marítimo denominado zona económica exclusiva.

Ahora bien, pese a la importancia que tiene este último instrumento internacional para comprender la evolución de los principios que orientan el derecho del mar, lo cierto es que, aún, no puede considerarse como parte integrante del contenido normativo del artículo 101 de la Carta, pues ello sólo ocurre cuando se trata de tratados internacionales que definen los limites del territorio, que han sido aprobados y ratificados conforme a las normas de derecho interno y que se encuentran en plena vigencia.

En suma, si bien en la actualidad el derecho del mar está constituido por reglas de distinta naturaleza, consuetudinarias y convencionales -razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia internacionales recomiendan que la determinación del derecho aplicable se haga caso por caso, en función del problema específico que haya de resolverse-, lo cierto es que no todas ellas hacen parte del bloque de constitucionalidad, pese a que puedan ser oponibles a todos los Estados en el plano internacional, por tratarse, eventualmente, de normas consuetudinarias.

Existe otra fuente importante de derecho internacional público que, pese a no formar parte del bloque de constitucionalidad, debe ser utilizada como criterio auxiliar por esta Corporación a la hora de definir los asuntos relacionados con los tratados internacionales de que trata el artículo 101 de la Carta. Se trata de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Particularmente, en cuanto se refiere a las normas sobre plataforma continental, la jurisprudencia más relevante de la Corte Internacional de Justicia es la contenida en las sentencias proferidas el 20 de febrero de 1969 dentro de los asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca y República Federal de Alemania c. Países Bajos); el 19 de diciembre de 1978 dentro del asunto de la Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía); el 24 de febrero de 1982 dentro del asunto de la Plataforma Continental (Túnez c. Jamahiriya Arabe Libia); el 12 de octubre de 1984 dentro del asunto de la Delimitación de la Frontera Marítima en la Región del Golfo del Maine (Canadá c. Estados Unidos); y, el 3 de junio de 1985 dentro del asunto de la Plataforma Continental (Jamahiriya Arabe Libia c. Malta), decisiones que serán tenidas en cuenta en la medida en que resulten pertinentes para esta decisión.

11. Al amparo del derecho internacional público contemporáneo, los tratadistas suelen clasificar los espacios marinos y submarinos en dos grupos[10]: (1) los espacios territoriales (aguas interiores, mar territorial, plataforma continental y zona económica exclusiva); y, (2) los espacios internacionales (zona contigua, alta mar y fondos oceánicos). A efectos de la resolución de la cuestión constitucional sometida al examen de esta Corporación, sólo es pertinente establecer cuáles son los títulos de competencia que ostentan los Estados ribereños sobre los espacios marinos y submarinos territoriales y el derecho aplicable a estos últimos.

12. En términos generales, los espacios marinos y submarinos territoriales, se encuentran regulados por el principio de prolongación natural del territorio terrestre del Estado ribereño y, por ende, están sometidos a las mismas reglas que gobiernan el territorio originario del Estado de que se trate. Lo anterior significa que el título originario del Estado sobre su territorio, el cual se deriva de su calidad de Estado como tal, se extiende a los espacios territoriales marinos y submarinos, los cuales no se consideran adquiridos por vía de alguno de los modos derivados de adquisición del territorio contemplados por el derecho internacional público (ocupación, descubrimiento, avulsión, accesión, aluvión, sucesión, adjudicación, prescripción y sucesión de Estados). Por esta razón, cuando la Corte Internacional de Justicia se ha visto obligada a delimitar la plataforma continental entre dos o más Estados ha afirmado que ese ejercicio de delimitación no consiste en asignar *ex novo* a esos Estados una zona de territorio que les resultaría atribuida, sino en establecer los límites de una zona que, en principio, forma parte de su territorio. La Corte Internacional de Justicia, al estudiar la condición jurídica de los derechos que los Estados ribereños ejercen sobre su plataforma continental, ha afirmado con especial

[10] Combacau, Jean, *Droit International de la Mer, París, PUF, 1985, Pp. 13 y ss. y passim.*

fuerza, la naturaleza soberana de los mismos y su dependencia del principio de prolongación natural del territorio terrestre. Sobre este particular, esa Corte ha manifestado:

> *"19. Más importante es el hecho de que la doctrina de la parte justa y equitativa parece estar en total desacuerdo con la norma que constituye sin duda alguna para el Tribunal la norma más fundamental de todas las relativas a la plataforma continental y que se halla consagrada en el artículo 2° de la Convención de Ginebra de 1958, aun cuando sea independiente de ésta: que los derechos del Estado ribereño en relación con la zona de la plataforma continental que constituye una prolongación natural de su territorio existen* ipso facto y ab initio *en virtud de la soberanía del Estado sobre ese territorio y a través de una extensión de esta soberanía bajo la forma del ejercicio de derechos soberanos a los fines de la exploración del lecho del mar y de la explotación de sus recursos naturales. En resumen, que existe un derecho inherente. Para su ejercicio, no es necesario llevar a cabo un proceso jurídico especial ni realizar actos jurídicos especiales. Su existencia puede ser declarada (y muchos estados así lo han hecho), pero ello no supone ningún acto constitutivo. Además este derecho es independiente de su ejercicio efectivo. Para decirlo en los términos de la Convención de Ginebra, este derecho es 'exclusivo' en el sentido de que si el Estado ribereño decide no explorarla o no explotar las zonas de la plataforma continental que le pertenecen, este es un asunto que únicamente concierne al Estado ribereño y nadie puede hacerlo sin su consentimiento expreso (Convención, art. 2.2)"*[11].

13. En tanto parte integral del territorio del Estado, la plataforma continental se encuentra sometida a la soberanía del ribereño. Ciertamente, el derecho internacional público define el territorio como aquel conjunto de espacios en los cuales el Estado ejerce su soberanía, razón por la cual la consecuencia fundamental de que algún espacio físico forme parte integral del territorio de un Estado consiste en que tal espacio queda sometido al ejercicio de la soberanía estatal con todos los atributos que ella implica.

---

[11] Corte Internacional de Justicia, *Asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte* (RFA c. Dinamarca; RFA c. Países Bajos), febrero 20 de 1969, C.I.J., *Recueil 1969*, p. 22. Lo anterior fue reafirmado por la C.I.J. en su sentencia de diciembre 19 de 1978, proferida dentro del asunto de la *Plataforma Continental del Mar Egeo* (Grecia c. Turquía), en la cual manifestó: "85. La controversia se refiere a la determinación de las zonas de la plataforma continental sobre las cuales están habilitadas Grecia y Turquía para ejercer los derechos soberanos consagrados por el derecho internacional. (...). Ya se trate de una frontera terrestre o de un límite de la plataforma continental, la operación es esencialmente la misma; comporta el mismo elemento inherente de estabilidad y de permanencia y está sometida a la regla que afirma que un tratado de límites no queda afectado por un cambio fundamental de las circunstancias. (...) Unicamente debido a la soberanía del Estado ribereño sobre la tierra se originan, *ipso jure* y en virtud del derecho internacional, derechos de exploración y explotación sobre la plataforma continental. En síntesis, son a la vez, desde el punto de vista jurídico, emanación de la soberanía territorial y consecuencia automática de ésta" (C.I.J., *Recueil 1978*, pp. 35-36). De igual modo, en la sentencia de febrero 24 de 1982, dictada dentro del asunto de la *Plataforma Continental* (Túnez c. Jamahiriya Arabe Libia), la C.I.J. afirmó: "73. En primer lugar, conviene recordar que el Estado ribereño es titular de derechos exclusivos en las zonas submarinas. La vinculación geográfica entre la costa y las zonas sumergidas que se encuentran delante de ella es el fundamento del título jurídico de dicho Estado. Como la Corte expuso en los asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la plataforma continental es una noción jurídica respecto de la cual 'se aplica el principio de que la tierra domina el mar'" (C.I.J., *Recueil 1982*, p. 60).

La soberanía del Estado, desde la perspectiva del derecho internacional público, se manifiesta en forma dual. A nivel internacional, consiste, entre otras cosas, en la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, etc. A nivel interno, la soberanía consiste en la posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados.

En este sentido, la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, denominada "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", el principio de igualdad soberana de los Estados comporta los siguientes elementos: (1) la igualdad jurídica entre los Estados; (2) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía; (3) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás; (4) la integridad territorial y la independencia política de los Estados son inviolables; (5) cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural; y, (6) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados. Conforme a lo anterior, puede afirmarse que, desde el punto de vista del derecho internacional público, el núcleo fundamental de la soberanía de los Estados reside en la posibilidad de darse una organización política, social, económica y cultural interna con plena autonomía e independencia, lo cual implica que, dentro de su territorio, el Estado ejerce en forma exclusiva, autónoma y plena el acervo de competencias dirigidas al ejercicio de las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional.

La plenitud, exclusividad y autonomía con que el derecho internacional caracteriza las competencias derivadas de la soberanía del Estado, implica que las restricciones a esa soberanía por parte del derecho internacional público deban ser establecidas en forma expresa en un convenio internacional o derivarse explícitamente de la costumbre. Este principio ha hecho carrera en la comunidad internacional desde la época de la Sociedad de Naciones cuando la Corte Permanente Internacional de Justicia, en el año de 1927, en la sentencia proferida dentro del asunto Lotus, afirmó que "las limitaciones a la independencia del Estado no se presumen" (C.P.I.J., Serie A, No. 10, p. 16). Esta regla comporta un corolario natural según el cual ningún Estado está autorizado a ejercer su soberanía fuera de su territorio, salvo que una norma de derecho internacional público lo autorice expresamente. Según la Corte Permanente Internacional de Justicia, en la sentencia antes mencionada, la soberanía del Estado "no puede ser ejercida fuera del territorio, sino en virtud de una regla permisiva que se derive del derecho internacional consuetudinario o de un convenio" (C.P.I.J., Serie A, No. 10, p. 19).

En suma, según el derecho internacional público, la plataforma continental forma parte integral del territorio de los Estados ribereños y, por tanto, sobre esta área submarina los Estados ejercen con total plenitud, exclusividad y autonomía todas sus competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, salvo las restricciones expresamente establecidas en normas de derecho internacional consuetudinario o convencional.

En este sentido, cabe anotar que la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental indica que (1) los derechos del Estado ribereño sobre este territorio submarino no afectan el

régimen de alta mar de las aguas suprayacentes, ni del espacio aéreo situado sobre dichas aguas (art. 3°); (2) en general, y salvo que se trate de medidas razonables para el ejercicio de sus derechos, el Estado ribereño no puede impedir el tendido ni la conservación de cables o tuberías submarinos en la plataforma continental (art. 4°); (3) el Estado ribereño no debe entorpecer, en forma injustificada, las actividades pacíficas que particulares u otros Estados puedan desarrollar sobre la franja de agua suprayacente, las actividades de conservación del medio ambiente marítimo y la realización de estudios científicos que se realicen con intención de ser publicados (arts. 5-1 y 5-8); y, (4) la delimitación de la plataforma continental que resulte adyacente a dos o más Estados limítrofes o cuyas costas estén situadas una frente a otra, se somete a las reglas fijadas por el derecho internacional público.

14. No puede la Corte prohijar la hipótesis del demandante en torno a la supuesta inconstitucionalidad de la expresión "plataforma continental" contenida en el artículo 9° de la Ley 397 de 1997. El derecho internacional público establece la prohibición de que los Estados ribereños se apropien de los bienes de valor arqueológico, histórico o cultural que yacen sobre su plataforma continental.

En criterio del actor, tal prohibición se deriva de lo dispuesto en el artículo II-1 de la Convención sobre la Plataforma Continental de 1958 (reproducido en el art. 77-1 de la Convención de Montego Bay), según el cual "el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales" Indica el demandante que al dejar de mencionar los bienes a que se refiere la disposición demandada (las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar), no pueden ser objeto del ejercicio soberano del poder del Estado cuando se encuentran en la plataforma continental.

Según el demandante, el Estado ostenta sobre su plataforma continental exclusivamente las prerrogativas que le otorga de manera expresa el derecho internacional.

No obstante, por los argumentos que han sido expuestos, la Corte considera que a la luz del derecho internacional público la premisa del demandante debe ser invertida. En efecto, los derechos que puede ejercer el Estado ribereño, en este caso el Estado colombiano, sobre el territorio submarino denominado plataforma continental, son plenos y sólo están sujetos a las limitaciones expresas que establece el derecho interno o internacional. Por está razón, los artículos mencionados - II(1) y 77(1) de la Convención sobre la Plataforma Continental de 1958 y de la Convención de Montego Bay, respectivamente - no pueden ser interpretados en el sentido de afirmar que, al no mencionar explícitamente los bienes de valor cultural, histórico y arqueológico dentro de los que el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía, las competencias legislativas del Estado frente a los mismos resultan inhibidas. No parece existir una interpretación razonable de las normas antes mencionadas que permita derivar de las mismas una restricción expresa de la soberanía de los Estados ribereños sobre el anotado tipo de bienes.

En otras palabras, es cierto en principio que ninguna de las cuatro convenciones de Ginebra de 1958 sobre derecho del mar, ni la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 en toda su minuciosidad, ni la jurisprudencia internacional se

refieren a asuntos relacionados con el patrimonio cultural sumergido[12]. No obstante, el silencio del derecho internacional público en la materia implica el derecho del Estado ribereño a ejercer la totalidad de sus facultades, una de las cuales, si no la más importante, es la de regular dicha zona en cuanto se refiere a los bienes que por su valor puedan integrar el patrimonio cultural sumergido. Efectivamente, nada en el derecho internacional público permite suponer que el hecho de que la Convención de Ginebra no hubiere hecho alusión a los bienes de valor arqueológico, histórico o cultural que se encuentren en el suelo marino de la plataforma continental, comporte la aplicación a los mismos del régimen de plena libertad que gobierna a los fondos oceánicos comunes. Por el contrario, como quedó mencionado, sobre la plataforma continental, la soberanía del Estado ribereño se presume y sólo puede ser desvirtuada por norma expresa en contrario.

La protección del patrimonio cultural y arqueológico sumergido

15. En ejercicio de su soberanía, el Estado colombiano decidió expedir la norma que se estudia, en virtud de la cual pertenecen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación, las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, los restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar, que se encuentren en el suelo o subsuelo marinos de la plataforma continental. Como quedó expuesto, la disposición estudiada no viola el derecho internacional público que integra el contenido normativo del artículo 101 de la Carta, toda vez que en todo el conjunto de normas que lo componen no se encuentra una sola que establezca expresamente la restricción a la que alude el demandante.

No obstante, la Corte debe indicar que la mencionada disposición no sólo no viola los preceptos constitucionales, sino que constituye desarrollo directo de mandatos superiores. En efecto, el artículo 72 de la Constitución Política de Colombia señala (1) que "el patrimonio cultural de la nación está bajo la protección del Estado", (2) "que el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles" y, (3) que corresponde al legislador establecer las regulaciones relativas a este tipo de bienes. De otro lado, el artículo 102 de la

---

[12] La única referencia a estos asuntos que, al parecer, es posible identificar se encuentra consignada en el artículo 303 de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, según el cual:

"Artículo 303. *Objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar.*

1. Los Estados tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto.
2. A fin de fiscalizar el tráfico de tales objetos, el Estado ribereño, al aplicar el artículo 33, podrá presumir que la remoción de aquéllos de los fondos marinos de la zona a que se refiere ese artículo, sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo.
3. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas del derecho marítimo o a las leyes en materia de intercambios culturales.
4. Este artículo se entenderá sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de derecho internacional relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico".

Podría alegarse que la norma transcrita es suficiente para desvirtuar el cargo del demandante. Sin embargo, como quedó expuesto con anterioridad, su contenido no puede ser considerado como parte del derecho internacional público que integra el artículo 101 de la Carta, pues la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 no se encuentra aún en vigencia.

Constitución determina que "el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la nación".

Conforme a lo anterior, el Estado colombiano no hace otra cosa que cumplir con imperativos mandatos constitucionales al regular los asuntos relativos al patrimonio cultural sumergido que se encuentre en su plataforma continental, la cual, como se vio, forma parte de su territorio. De este modo, es posible afirmar que las disposiciones del artículo 9° de la Ley 397 de 1997, relativas al patrimonio cultural sumergido que se encuentre en la plataforma continental colombiana constituyen el ejercicio legítimo de una competencia que la Constitución Política le otorga al legislador nacional y son desarrollo directo de mandatos que el propio texto constitucional le impone a este último. Por las razones anteriores, el aparte cuestionado del artículo 9° de la Ley 397 de 1997, será declarado exequible.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE la expresión "la plataforma continental" contenida en el artículo 9° de la Ley 397 de 1997.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
–Impedimento aceptado–

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La Suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional

HACE CONSTAR

Que el H. Magistrado doctor Hernando Herrera Vergara no firma la presente sentencia por impedimento oportunamente manifestado y aceptado por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-192
mayo 6 de 1998

PATRIMONIO DE FAMILIA-Levantamiento judicial para hacer posible expropiación

No debe haber conflicto insalvable por cuya existencia haya de sacrificarse uno de los dos derechos -el de la familia a la garantía de su vivienda y el del Estado a la realización de los programas de utilidad pública- pues ambos son, por igual, asuntos de interés social y tienen, a la luz de los postulados constitucionales, carácter preeminente. De allí que, no siendo inconstitucional la norma de la ley que busca alcanzar los fines de beneficio común mediante los procesos de expropiación, permitiendo levantar el gravamen de patrimonio familiar que pesa sobre un inmueble en concreto, requerido por el Estado con tales miras, debe adecuarse el alcance de su preceptiva para no lesionar a la familia, cuyo amparo eficiente también es de interés público. En consecuencia, ante la disyuntiva que puede plantearse en un caso concreto, entre la necesidad que tenga el Estado de adquirir un bien para destinarlo a uno de los fines señalados por el legislador, por razones de utilidad pública o de interés social, y el carácter indisponible e inalienable de ese mismo bien en cuanto se lo haya constituido en patrimonio afectado a vivienda familiar, la respuesta que surge de la Constitución para dirimirlo es clara: nada obsta para que siga adelante la expropiación, pero la familia debe quedar indemne de manera oportuna en cuanto a la efectiva propiedad y posesión de una vivienda, sin solución de continuidad y por el mismo valor real del bien objeto de aquélla.

PATRIMONIO DE FAMILIA-Indemnización por expropiación en dinero/**SENTENCIA CONDICIONADA**

Para hacer efectiva la garantía constitucional al patrimonio familiar inalienable e inembargable, debe precisarse que, como las normas legales relativas a expropiación de predios urbanos y rurales admiten la posibilidad de que la indemnización previa, exigida por la Constitución, se pague en bonos o documentos de deuda pública redimibles al cabo de varios años, y un pago de esa naturaleza causaría inmenso perjuicio a la familia en cuanto no vería sustituida oportunamente su vivienda, se condicionará la exequibilidad manifestando que, en la hipótesis de la disposición acusada, la indemnización, que ha de corresponder al ciento por ciento del valor del inmueble objeto de expropiación, debe pagarse a la familia en su totalidad y en dinero, de manera previa y como requisito indispensable para que se cumpla la expropiación.

Referencia: Expediente D-1877.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° (parcial) de la Ley 258 de 1996.

Actores: José Eurípides Parra Parra y Fabián López Guzmán.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos José Euripides Parra Parra y Fabián López Guzmán, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, han presentado ante la Corte una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° (parcial) de la Ley 258 de 1996.

Cumplidos como están los trámites y requisitos exigidos en el Decreto 2067 de 1991, se entra a resolver.

II. TEXTO

A continuación se transcribe, subrayando lo demandado, el texto de las disposiciones objeto de proceso:

"Ley 258 de 1996

(enero 17)

por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

Artículo 8. Expropiación. El decreto de expropiación de un inmueble impedirá su afectación a vivienda familiar y permitirá el levantamiento judicial de este gravamen para hacer posible la expropiación.

La declaratoria de utilidad pública e interés social o la afectación a obra pública de un inmueble bajo afectación a vivienda familiar podrá conducir a la enajenación voluntaria directa del inmueble, con la firma de ambos cónyuges".

III. LA DEMANDA

Manifiestan los actores que la disposición demandada vulnera los artículos 5°, 13, 42, 44 y 45 de la Constitución Política, y 2 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño del 2 de septiembre de 1990.

Consideran que se atenta contra la familia, que es la institución básica de la sociedad, y contra el patrimonio de familia, que de acuerdo con la Carta Política, es inalienable e inembargable.

Afirman que los fundamentos del Estado Social de Derecho deben estar al servicio de la familia, que se traduce en algo concreto, tangible y no en la utilidad pública o el interés social que es algo difícil de determinar.

Aducen que el patrimonio de familia, que de por sí cumple una función social, hace posible una "cohesión familiar", y permite salvaguardar la propiedad del mal manejo que sus integrantes hagan de ella. Por tanto -expresan- se desconoce el principio de igualdad y el derecho

de los niños cuando el Estado permite que se levante dicho gravamen sin motivo alguno justificado por vía judicial.

IV. INTERVENCIONES

La ciudadana Mónica Fonseca Jaramillo, actuando en su calidad de apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, presenta escrito en el cual solicita a la Corte que declare la unidad normativa y por tanto ajustados a la Carta Política el aparte normativo demandado y el numeral 2° del artículo 4° de la Ley 284 de 1996, ya que se presenta una íntima relación lógica y jurídica.

Manifiesta que se está en presencia de un caso de colisión entre el interés particular y el social, pero lo cierto es que el primero de ellos debe ceder al segundo, y el legislador está facultado por la Constitución para determinar en qué casos procede o no la expropiación, y agrega que, para hacer efectivo el derecho a la igualdad ante afectaciones desproporcionadas, habrá lugar a indemnización.

Respecto al patrimonio de familia frente a la extinción del dominio, asevera que ya la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997.

Así las cosas -concluye la interviniente-, aunque la Carta Política ampara el patrimonio de familia, aquél no es absoluto, pues en eventos como el presente prima el interés general, sin que por ello resulten vulnerados preceptos constitucionales.

El ciudadano Carlos Eduardo Serna Barbosa, obrando en su calidad de apoderado del Ministerio de Desarrollo Económico, presenta escrito en el cual sustenta las razones de constitucionalidad de la norma atacada.

Manifiesta que, a su juicio, no se vulnera disposición constitucional alguna, ya que al tenor del artículo 1 de la Constitución Política el interés general prima sobre el particular y para poder proceder a la expropiación se requiere previamente acudir a la acción judicial para el levantamiento del patrimonio de familia, momento en el cual se concede el derecho de defensa para salvaguardar los intereses del núcleo familiar.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicita en su escrito que se declare la constitucionalidad del artículo acusado.

Asegura que el patrimonio de familia, si bien es cierto goza de protección constitucional, también lo es que la expropiación está basada en el interés general, el cual, de acuerdo con la misma Carta Política, prevalece frente al particular.

Respecto a los niños, manifiesta que la Constitución garantiza la eficaz protección de sus derechos, que se encuentran directamente vinculados con el hecho de proporcionarles una vivienda digna. Es por ello que, si la expropiación recae sobre una vivienda afectada con patrimonio de familia, la autoridad que lleve a cabo tal medida debe procurar que con el producto de la venta directa o con la indemnización se adquiera otra.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para decidir en definitiva sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política.

2. La protección constitucional a la familia no impide al Estado adelantar procesos de expropiación. Necesidad de conciliar el interés de la familia y el del Estado, en cuanto los dos son de interés público. La efectividad de la indemnización previa, condición de constitucionalidad de la norma

La Constitución de 1991 protege de manera especial a la familia, a la que considera "institución básica de la sociedad" (art. 5° C.P.) y "núcleo fundamental" de la misma (art. 42 C.P.).

Toda persona tiene derecho a una vivienda digna y la Constitución ordena al Estado que fije las condiciones necesarias para hacerlo efectivo (art. 51 C.P.).

Pero la vivienda destinada a la familia goza de especialísima protección constitucional, en cuanto un mínimo espacio físico, adecuado a su preservación y desarrollo, es absolutamente indispensable para que el conjunto de la sociedad se desenvuelva en armonía. Desde este punto de vista, la garantía de la vivienda familiar no es solamente un propósito deseable de los individuos sino un objetivo del más alto y urgente interés social, particularmente en lo que toca con las personas de menores ingresos.

El artículo 44 de la Constitución, al consagrar los derechos fundamentales de los niños, destaca entre ellos el de tener una familia y no ser separados de ella, a la vez que proclama el mandato de protegerlos contra toda forma de abandono e insiste en la obligación de la familia, la sociedad y el Estado en el sentido de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, nada de lo cual puede lograrse cabalmente si los menores, solos o con los suyos, carecen de una habitación digna a la cual acogerse, o si corren el riesgo de perderla, generalmente a causa de problemas económicos que no está en sus manos resolver.

Por eso, de manera expresa el Constituyente ha querido establecer a favor de la familia, y particularmente de los niños, un patrimonio mínimo que pueda subsistir aun frente a cobros judiciales coactivos y del cual no se pueda disponer, inclusive por quienes lo han constituido, para fines distintos. La Carta Política autoriza al legislador para determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La Ley 258 de 1996, en desarrollo de los mandatos constitucionales, estableció la afectación a vivienda familiar en los siguientes términos:

> *"Artículo 1°. Definición. Entiéndese afectado a vivienda familiar el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno de los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, destinado a la habitación de la familia.*
>
> *Artículo 2°. Constitución de la afectación. La afectación a que refiere el artículo anterior opera por ministerio de la ley respecto a las viviendas que se adquieran con posterioridad a la vigencia de la presente Ley.*
>
> *Los inmuebles adquiridos antes de la vigencia de la presente Ley podrán afectarse a vivienda familiar mediante escritura pública otorgada por ambos cónyuges, o conforme al procedimiento notarial o judicial establecido en la presente Ley.*
>
> *Artículo 3°. Doble firma. Los inmuebles afectados a vivienda familiar sólo podrán enajenarse, o constituirse gravamen u otro derecho real sobre ellos con el consentimiento libre de ambos cónyuges, el cual se entenderá expresado con su firma".*

Para la Corte Constitucional resulta evidente que la afectación consagrada en la ley, en cuanto se refiere a la vivienda, goza de las mismas garantías constitucionales enunciadas -la inembargabilidad y la inalienabilidad- puesto que, al fin y al cabo, el legislador no ha hecho nada

distinto de contemplar uno de los componentes del patrimonio familiar, con ese carácter de protección mínima que deja a la familia a salvo de todo riesgo judicial.

Desde ese punto de vista, no cabe duda de que los inmuebles afectados a vivienda familiar no pueden ser enajenados por la sola voluntad de uno de los miembros de la familia, ni pueden ser objeto de embargo aunque existan muchas deudas a cargo de uno de ellos. En eso consiste el especialísimo amparo que a la familia ofrece el orden jurídico.

En cuanto a la expropiación se refiere, es claro que ha sido prevista en la Constitución bajo distintas modalidades con miras a asegurar que el Estado Social de Derecho cumpla de manera eficiente la función que le corresponde, en especial para la redistribución equitativa y razonable de las tierras rurales y urbanas, así como para la realización de muy diversos objetivos de utilidad pública e interés social que la ley habrá de señalar.

El artículo 58 de la Constitución hace posible la expropiación, previo el cumplimiento de los requisitos que contempla, sin excluir de tal procedimiento -que corresponde a una potestad del Estado- ningún bien ni tipo de bienes, ninguna forma de propiedad, ni a ninguna persona.

La norma estatuye que, por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta -según dispone el precepto superior- se fijará consultando los intereses de la comunidad y los del afectado.

La Corte entiende que, tratándose de dos de las más importantes finalidades del Estado Social de Derecho, en cuyo logro y cumplimiento está interesada toda la colectividad, la ley y la jurisprudencia deben conciliar y hacer que entre sí se complementen los preceptos constitucionales que disponen la protección de la vivienda familiar, de manera que sea plena y eficaz, y la obtención de los propósitos de interés social y utilidad pública a los que el Estado debe propender mediante los procesos de expropiación de predios rurales y urbanos.

No debe haber conflicto insalvable por cuya existencia haya de sacrificarse uno de los dos derechos -el de la familia a la garantía de su vivienda y el del Estado a la realización de los programas de utilidad pública- pues ambos son, por igual, asuntos de interés social y tienen, a la luz de los postulados constitucionales, carácter preeminente.

De allí que, no siendo inconstitucional la norma de la ley que busca alcanzar los fines de beneficio común mediante los procesos de expropiación, permitiendo levantar el gravamen de patrimonio familiar que pesa sobre un inmueble en concreto, requerido por el Estado con tales miras, debe adecuarse el alcance de su preceptiva para no lesionar a la familia, cuyo amparo eficiente también es de interés público.

En consecuencia, ante la disyuntiva que puede plantearse en un caso concreto, entre la necesidad que tenga el Estado de adquirir un bien para destinarlo a uno de los fines señalados por el legislador, por razones de utilidad pública o de interés social, y el carácter indisponible e inalienable de ese mismo bien en cuanto se lo haya constituido en patrimonio afectado a vivienda familiar, la respuesta que surge de la Constitución para dirimirlo es clara: nada obsta para que siga adelante la expropiación, pero la familia debe quedar indemne de manera oportuna en cuanto a la efectiva propiedad y posesión de una vivienda, sin solución de continuidad y por el mismo valor real del bien objeto de aquélla.

Por eso estima la Corte que la disposición acusada, en cuanto establece que el decreto de expropiación -es decir, la decisión judicial o, en su caso, administrativa que ordena expropiar-

permite el levantamiento del gravamen, por orden del juez, para hacer posible la expropiación, se ajusta a la normativa constitucional y debe ser declarada exequible.

Pero, para hacer efectiva la garantía constitucional al patrimonio familiar inalienable e inembargable, debe precisarse que, como las normas legales relativas a expropiación de predios urbanos y rurales admiten la posibilidad de que la indemnización previa, exigida por la Constitución, se pague en bonos o documentos de deuda pública redimibles al cabo de varios años, y un pago de esa naturaleza causaría inmenso perjuicio a la familia en cuanto no vería sustituida oportunamente su vivienda, se condicionará la exequibilidad manifestando que, en la hipótesis de la disposición acusada, la indemnización, que ha de corresponder al ciento por ciento del valor del inmueble objeto de expropiación, debe pagarse a la familia en su totalidad y en dinero, de manera previa y como requisito indispensable para que se cumpla la expropiación.

La necesidad de liquidez que permita reemplazar un bien por otro (subrogación), afectado también el segundo en la misma forma y con las mismas garantías que el primero al exclusivo interés familiar, surge no solamente de la especial protección que la Carta Política asegura a la familia sino del artículo 58 *ibidem,* relativo a la expropiación, cuando al referirse a la indemnización previa dice, con carácter imperativo, que ella habrá de fijarse fundando la respectiva decisión en la armonización entre los intereses públicos y los del propietario a quien la expropiación afecta.

Por eso, la norma legal objeto de proceso sólo es exequible en los términos dichos, pues si se la toma y aplica pura y simplemente, como está consagrada, viola la Constitución en cuanto deja desprotegida a la familia.

La Corte accede a lo pedido por la apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el sentido de conformar unidad normativa entre el artículo parcialmente acusado y el numeral 2 del artículo 4° de la Ley 284 de 1996, que en su parte pertinente (que se subraya) dice: "Cuando la autoridad competente decrete la expropiación del inmueble..."

Esta disposición, por los motivos expuestos, encaja dentro de los principios y mandatos constitucionales, en especial el de prevalencia del interés colectivo (arts. 1° y 58 C.P.), y será declarada exequible. Pero, desde luego, bajo idénticos condicionamientos a los ya vistos.

DECISION

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

RESUELVE:

Sólo en los términos de esta Sentencia, decláranse EXEQUIBLES, en el artículo 8° de la Ley 258 de 1996, la frase "... y permitirá el levantamiento judicial de este gravamen para hacer posible la expropiación", y en el 4°, numeral 2°, de la Ley 284 de 1996, la expresión "Cuando la autoridad competente decrete la expropiación del inmueble...", en el entendido de que la indemnización correspondiente no puede pagarse a la familia mediante bonos o documentos de deuda pública, sino en dinero, por igual valor al del inmueble expropiado, en su totalidad y de manera previa a cualquier acto que pretenda hacer efectiva la expropiación.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E).

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-193
mayo 7 de 1998

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

ACCION DE CUMPLIMIENTO-Finalidad

La finalidad de la acción de cumplimiento es buscar un mecanismo o instrumento procesal idóneo para asegurar la realización material de las leyes y actos administrativos. De este modo se logra la vigencia y el respeto del ordenamiento jurídico, en cuanto la ejecución de las leyes y actos administrativos, permite realizar los diferentes cometidos estatales confiados a las autoridades, y proteger y hacer efectivos los derechos de las personas.

ACCION DE CUMPLIMIENTO-Mecanismo idóneo para el cumplimiento de ley material y actos administrativos

Cuando se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de la ley material, esto es, de normas generales, impersonales y abstractas, es indudable que el instrumento de protección creado por el Constituyente -la acción de cumplimiento- es el único mecanismo directo idóneo, razón por la cual no le es permitido al legislador crear mecanismos subsidiarios o paralelos para asegurar dicho cumplimiento. Iguales consideraciones son válidas con respecto a los actos administrativos de contenido general que por contener normas de carácter objetivo impersonal y abstracto, son equivalentes materialmente a las leyes. Dada la generalidad de las leyes y actos administrativos, esto es, en cuanto están referidos a una serie indeterminada de personas, situaciones o cosas, no puede pensarse en que exista un afectado concreto por sus disposiciones.

ACCIONES ORDINARIAS-Actos administrativos subjetivos

Cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. En tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios para lograr el cumplimiento de tales actos. En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo. La Corte declarará inexequible la expresión "la norma o" del inciso 2° del art. 9°, porque limita la acción de cumplimiento en relación con la ley y los actos administrativos generales, y declarará exequible el resto de la disposición.

Referencia: Expediente D-1863.

Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 2°, 3°, 5°, y 9°, todos parcialmente de la Ley 393 de 1997.

Actor: Miguel Antonio Zamora Avila.

Magistrados Ponentes: Drs. ANTONIO BARRERA CARBONELL y HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo siete (7) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Miguel Antonio Zamora Avila promovió ante la Corte Constitucional, demanda contra los artículos 2°, 3°, 5°, y 9° de la Ley 393 de 1997, todos en forma parcial, la cual se procede a decidir una vez tramitado el juicio correspondiente y previas las siguientes consideraciones.

I. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Se transcriben a continuación los textos de las disposiciones parcialmente demandadas, conforme a su publicación oficial, subrayándose los apartes acusados.

"LEY 393

29 de julio de 1997

"por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política"

...

"Artículo 2°. Principios. Presentada la demanda, el trámite de la acción de cumplimiento se desarrollará en forma oficiosa y con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad.

En todo caso, la interpretación del no cumplimiento por parte del Juez o Tribunal que conozca del asunto, será restrictiva y sólo procederá cuando el mismo sea evidente.

Artículo 3°. Competencia. De las acciones dirigidas al cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o Acto Administrativo, conocerán en primera instancia los Jueces Administrativos con competencia en el domicilio del accionante. En segunda instancia será competente el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento al cual pertenezca el Juzgado Administrativo.

Parágrafo: Las acciones de cumplimiento de que conozca el Consejo de Estado, serán resueltas por la sección o subsección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la cual haga parte el Consejero a quien corresponda en reparto. Su trámite se hará a través de la correspondiente Secretaría. El reparto se efectuará por el Presidente de la Corporación, entre todos los Magistrados que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo, en forma igualitaria.

Parágrafo Transitorio. Mientras entran en funcionamiento los Jueces Administrativos, la competencia en primera instancia se radicará en los Tribunales Contenciosos Administrativos y la segunda en el Consejo de Estado tratándose de acciones dirigidas al cumplimiento de un Acto Administrativo.

...

Artículo 5°. Autoridad pública contra quien se dirige. La Acción de Cumplimiento se dirigirá contra la autoridad administrativa a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de Ley o Acto administrativo.

...

Artículo 9°. Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez la dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Parágrafo.- La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos".

II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El actor señala que las normas acusadas vulneran el artículo 87 de la Carta Política, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Sostiene el impugnante que la mencionada norma constitucional dispone que la autoridad competente para expedir la orden de cumplimiento de una ley o acto administrativo es la judicial, y establece sin distingos que puede ser dirigida contra cualquier autoridad.

En lo atinente a la autoridad competente para conocer de estas acciones, expresa que "con sabiduría el legislador tuvo en cuenta que la ley trata de temas de toda índole y que por ende, su incumplimiento debe ser conocido por la autoridad judicial, de modo que el accionante pueda escoger aquella más afín a la materia objeto de la misma" Aduce que la norma demandada, contrariando abiertamente la disposición del Constituyente, pretende restringir su alcance y determinar que solo son competentes los jueces administrativos para conocer y fallar la acción de cumplimiento.

En cuanto al artículo 9° de la norma demandada, señala que al condicionar el inciso final la procedencia de la acción de cumplimiento a que no se tenga o se haya tenido otro instrumento judicial, se estaría desnaturalizando el fin mismo del rápido y eficaz instrumento que nos ocupa, ya que siempre tiene y ha tenido la vía ordinaria para demandar el cumplimiento de las normas.

De ser así, aduce el demandante "la acción de cumplimiento se volvería subsidiaria e inoperante, porque si ya se utilizó el otro instrumento judicial, debió haber sentencia y se produce el fenómeno de la cosa juzgada, formal o material, según el caso".

III.INTERVENCION DE AUTORIDAD PUBLICA

Dentro del término de fijación en lista, el Ministerio de Justicia y del Derecho, por intermedio de apoderada, presentó escrito justificando la constitucionalidad de las normas acusadas.

En cuanto hace al inciso 2o. del artículo 9o., sostiene la representante del Ministerio de Justicia que el legislador introdujo en este precepto una excepción que garantiza en caso que no proceda la acción y que con ello se pueda generar un perjuicio grave para el accionante, que el particular cuente con un mecanismo de acceso a la justicia, así este no sea el medio ordinario. De esa forma, la solución que plantea la norma no contradice el artículo 87 constitucional, sino

que por el contrario acomoda la acción de cumplimiento frente al universo de acciones paralelas dándole efectividad a su regulación.

IV.CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Mediante oficio No. 1443 de 27 de noviembre de 1997, el señor Procurador General de la Nación remitió dentro del término legal, el concepto de rigor, solicitando a esta Corporación, declarar en relación con la Ley 393 de 1997: a) la constitucionalidad en lo acusado, de los artículos 2, 3, 5 e inciso segundo del artículo 9o.; b) la inhibición para decidir sobre la constitucionalidad del parágrafo del artículo 9o., toda vez que el demandante omitió explicar el concepto de violación.

En relación con la acusación contra el inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 393 de 1997, señala que atendiendo a la naturaleza jurídica del mecanismo consagrado en el artículo 87 constitucional, se encuentra razonable que el legislador haya previsto este tipo de interpretación, condicionando la procedencia de la acción a los casos en que sea evidente el incumplimiento, puesto que el juez competente para conocer la demanda debe actuar sólo en aquellos casos en que se demuestre claramente el incumplimiento. Ello, por cuanto la finalidad de la acción no es la de suplantar los demás mecanismos judiciales. Por esta razón, estima que el cargo no está llamado a prosperar.

Respecto de la procedencia de la acción de cumplimiento (artículo 9o. ibidem), señala que como el peticionario omitió explicar los fundamentos de su acusación contra el parágrafo del precepto ibidem, la Corte debe declararse inhibida para pronunciarse en relación con él.

Finalmente, expresa el Procurador, que es pertinente manifestar que resulta razonable la excepción a la improcedencia de la acción de cumplimiento, representada en la hipótesis que a pesar de contarse con otro medio de defensa judicial "de no proceder el juez se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante"; se trata de un instrumento similar al previsto para la acción de tutela por cuanto su procedencia está condicionada a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1 Competencia

En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o de la Carta, la Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente en relación con las demandas de inconstitucionalidad promovidas parcialmente contra los artículos 2o. (inciso 2o.), 3o., 5o. y 9o. de la Ley 393 de 1997.

2. Cosa Juzgada Constitucional

En relación con la demanda instaurada contra los artículos 2o., 3o., 5o. y el inciso final del artículo 9o. de la Ley 393 de 1997, cabe destacar que estos preceptos ya fueron objeto de examen de constitucionalidad, siendo resueltas por esta Corporación mediante la sentencia No. C-157de 1998.

En consecuencia, respecto de las normas materia de examen constitucional, estima la Corte que existe cosa juzgada constitucional, por lo que dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia, estarse a lo resuelto por esta Corporación en la sentencia C-157 de 1998.

3. Examen del cargo formulado contra el artículo 9°, inciso final.

3.1. Según uno de los actores, el condicionamiento impuesto en la norma acusada al ejercicio de las acciones de cumplimiento, en el sentido de que la persona afectada no disponga de otro mecanismo de protección judicial, desnaturaliza su finalidad, de suerte que estas acciones se

volverían subsidiarias e inoperantes, porque obliga a acudir al instrumento ordinario de amparo, y cuando ya se ha utilizado el medio alternativo de defensa, necesariamente habrá un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada.

3.2. Establece el artículo 9° que no procederá la acción de cumplimiento cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el actor.

3.3. Observa la Sala que, en esencia, idéntica previsión se contempla para la procedencia de la acción de tutela en el inciso tercero del artículo 86 constitucional, y en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991. De ahí, que reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte haya expresado que dicha acción es subsidiaria y residual, porque sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos ordinarios de defensa judicial, según la apreciación que en cuanto a su eficacia haga el juez en el caso concreto.

La propia Constitución (Capítulo 4 Título II) ha señalado una serie de instrumentos procesales destinados a la protección y aplicación de los derechos, como son: la acción de tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares, las de grupo o clase, la acción de responsabilidad patrimonial por el daño antijurídico, amén de las previstas en otros textos de la Constitución como son: el habeas corpus y las acciones públicas de nulidad e inconstitucionalidad. Además, existe la disposición general del artículo 89 que habilita al legislador para establecer "los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios" para que las personas puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades, y la facultad que tiene el legislador para regular otro tipo de acciones judiciales, de conformidad con el artículo 150 numeral 2 de la Constitución.

3.4. El cargo formulado contra la norma acusada plantea los siguientes interrogantes: ¿la acción de cumplimiento sustituye o desplaza algunos medios ordinarios de defensa judicial, destinados a lograr el cumplimiento de actos administrativos subjetivos? ¿Es constitucional la restricción que se hace en la norma demandada en relación con el cumplimiento de las leyes y de cualquier acto administrativo?

Tan importante es que el constituyente reconozca formalmente los derechos como que arbitre el correlativo instrumento para su protección. De este modo el derecho y la garantía se integran en un todo. Los instrumentos de protección son variados, de acuerdo con la específica finalidad que ellos persiguen, cada uno de ellos tiene una función tutelar. Por lo tanto, el orden y la seguridad jurídicos imponen que la utilización de dichos medios se haga en forma racional, de manera que no se interfieran o anulen entre sí y no se les reste su eficacia. En tal virtud, no es admisible que el legislador cree instrumentos sucesivos o paralelos para la protección de los derechos.

Como es bien sabido, la finalidad de la acción de cumplimiento es buscar un mecanismo o instrumento procesal idóneo para asegurar la realización material de las leyes y actos administrativos. De este modo se logra la vigencia y el respeto del ordenamiento jurídico, en cuanto la ejecución de las leyes y actos administrativos, permite realizar los diferentes cometidos estatales confiados a las autoridades, y proteger y hacer efectivos los derechos de las personas.

Cuando se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de la ley material, esto es, de normas generales, impersonales y abstractas, es indudable que el instrumento de protección creado por

el Constituyente -la acción de cumplimiento- es el único mecanismo directo idóneo, razón por la cual no le es permitido al legislador crear mecanismos subsidiarios o paralelos para asegurar dicho cumplimiento.

Iguales consideraciones son válidas con respecto a los actos administrativos de contenido general que por contener normas de carácter objetivo impersonal y abstracto, son equivalentes materialmente a las leyes.

Dada la generalidad de las leyes y actos administrativos, esto es, en cuanto están referidos a una serie indeterminada de personas, situaciones o cosas, no puede pensarse en que exista un afectado concreto por sus disposiciones. De ahí que toda persona, natural o jurídica, movida por la satisfacción de los intereses públicos o sociales, esto es, el respeto por la vigencia y realización del derecho objetivo, este habilitada para promover su cumplimiento, mas aún si se tiene en cuenta que en estos casos el Constituyente creó la acción consagrada en el artículo 87 de la Carta Política, como instrumento procesal principal para hacer efectivo el cumplimiento de leyes y actos administrativos, pues el ordenamiento jurídico no contemplaba instrumentos procesales directos destinados a lograr este propósito. En efecto, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, el incumplimiento de la ley o del acto administrativo daba lugar a poder exigir responsabilidad por omisión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la acción de reparación directa. Actualmente, toda persona dispone de la acción de cumplimiento para exigir a la autoridad renuente a cumplir la ley o el acto, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda derivarse del incumplimiento o del cumplimiento tardío de sus obligaciones.

Por el contrario, cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado "un perjuicio grave e inminente" En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo.

Ello es así, si se tiene en cuenta que, lo que buscó el Constituyente era hacer efectivos ciertos actos jurídicos emanados del Legislador o de la administración para los cuales el ordenamiento jurídico no había creado un instrumento procesal directo y efectivo para lograr su cumplimiento, de lo cual se desprende que su intención no fue la de suprimir de manera absoluta todos los instrumentos establecidos para el efectivo cumplimiento del acto administrativo, como lo son entre otros, la acción de tutela o la ejecutiva, ante las autoridades competentes, para buscar el mismo propósito, es decir, la protección de los derechos individuales de las personas.

Con arreglo a las consideraciones precedentes, la Corte declarará inexequible la expresión "la norma o" del inciso 2° del art. 9°, porque limita la acción de cumplimiento en relación con la ley y los actos administrativos generales, y declarará exequible el resto de la disposición.

VI.DECISION

En razón a lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional obrando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia No. C-157 de abril 29 de 1998, respecto de los artículos 2o, 3o, 5o y el inciso final del artículo 9° de la Ley 393 de 1997.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el inciso 2° del artículo 9° de la Ley 393 de 1997, salvo la expresión "la norma o" que se declara INEXEQUIBLE.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente
-Con salvamento de voto-

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
-Con salvamento de voto-

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
-Con salvamento de voto-

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado
-Con salvamento de voto-

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-193
mayo 7 de 1998

ACCION DE CUMPLIMIENTO-Utilización para hacer efectivos mandatos constitucionales

Si las personas tienen un derecho constitucional a que se cumplan las leyes y actos administrativos, que es lo que justifica la acción de cumplimiento, con mayor razón tienen un derecho a que la Constitución se cumpla efectivamente, pues ella es la norma de normas de nuestro ordenamiento. Sin embargo, con la presente ley, tenemos la paradoja de que la norma superior -la Constitución- carece de un mecanismo judicial para su realización mientras que disposiciones de menor jerarquía, como las leyes y los actos administrativos, sí son susceptibles de ser realizadas gracias a la acción de cumplimiento.

Referencia: Salvamento de voto de la sentencia C-193 de 1998, que resuelve una demanda contra varios artículos de la Ley 393 de 1997, "por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política".

Con nuestro acostumbrado respeto, disentimos de la presente decisión por las razones señaladas en nuestro salvamento a la sentencia C-157 de 1998. En efecto, consideramos que la Corte, al no condicionar el alcance de los artículos 1°, 3° y 5° de la Ley 393 de 1997, en el sentido de que la acción de cumplimiento puede también ser utilizada para hacer efectivos los mandatos constitucionales, en la práctica está restringiendo la eficacia de este mecanismo de protección judicial, ya que de esa manera se está admitiendo que éste no se puede invocar para el cumplimiento de los mandatos constitucionales, lo cual desconoce la vocación normativa de la Carta (C.P. art. 4°). Como lo señalamos en el mencionado salvamento, si las personas tienen un derecho constitucional a que se cumplan las leyes y actos administrativos, que es lo que justifica la acción de cumplimiento, con mayor razón tienen un derecho a que la Constitución se cumpla efectivamente, pues ella es la norma de normas de nuestro ordenamiento. Sin embargo, con la presente ley, tenemos la paradoja de que la norma superior -la Constitución- carece de un mecanismo judicial para su realización mientras que disposiciones de menor jerarquía, como las leyes y los actos administrativos, sí son susceptibles de ser realizadas gracias a la acción de cumplimiento. Y lo más paradójico es que la Corte Constitucional, que es la guardiana de la integridad y supremacía de la Carta (C.P. art. 241), haya permitido esa especie de discriminación en contra del cumplimiento de la propia Constitución.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-193
mayo 7 de 1998

ACCION DE TUTELA Y ACCION DE CUMPLIMIENTO-Naturaleza diferente

Mientras la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, en cuanto, con miras a la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales, opera solamente a falta de un medio judicial idóneo para el mismo fin, salvo el caso extraordinario del perjuicio irremediable, la de cumplimiento se consagró específica y deliberadamente con el objeto de asegurar que, mediante su uso, cualquier persona pudiera obtener, acudiendo a los estrados judiciales, la efectividad de las leyes y los actos administrativos. No se trata, entonces, de una acción supletoria sino principal. La persona debe poder emplear ese instrumento constitucional de manera directa. Es inoficioso buscar en el ordenamiento jurídico si existe o no otro mecanismo idóneo para el mismo fin, sencillamente porque el único específicamente enderezado a obtener el cumplimiento de las normas es el consagrado por el artículo 87 de la Constitución Política.

ACCION DE CUMPLIMIENTO-Es pública/**ACCION DE CUMPLIMIENTO-**
Improcedencia de exigir otro medio judicial

La de cumplimiento es una acción pública que, si bien no goza de la naturaleza política de la acción de inconstitucionalidad -reservada por ello al ciudadano-, tiene por fundamento y por objetivo la vigencia y realización del orden jurídico a través del cumplimiento de las normas que lo integran. A la luz de la Constitución, no se necesita acreditar interés particular alguno para poder intentar la acción de cumplimiento, bien que se trate de una ley, ya de un acto administrativo. El interés protegido es público: el acatamiento a lo que la disposición correspondiente haya ordenado y que viene siendo desobedecido. Tampoco hay que probar afectación, daño o amenaza en cabeza propia, pues se parte del supuesto constitucional de que todos los gobernados, por serlo, están perjudicados por el solo hecho de que un mandato en vigencia, integrante del orden jurídico, esté siendo desacatado. No puede hablarse de afectado, como lo hace el artículo objeto de controversia, para referirse a quien puede ejercitar la acción. Y, si ello es así, no puede la ley exigir, como requisito para que proceda, la búsqueda de procedimientos judiciales encaminados a la defensa del actor, como sí es normal que suceda en el caso de la acción de tutela.

Referencia: Expediente D-1863.

Aun a pesar de haberse suprimido las expresiones "la norma o", debemos manifestar nuestra discrepancia en lo relativo a la declaración de exequibilidad del inciso 2° del artículo 9° de la Ley 393 de 1997.

El texto completo de la disposición era el siguiente antes del fallo:

"Artículo 9°. Improcedibilidad. (...).

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

(...)".

Como puede observarse, la norma legal trasladó al campo de la acción de cumplimiento, respecto de la cual el artículo 87 de la Carta Política no introdujo restricciones, la regla que la Constitución previó de manera específica, y -a nuestro modo de ver- limitada a la acción de tutela: la de que no proceda cuando el afectado tenga o haya tenido a su alcance otro instrumento judicial para lograr el fin buscado.

Esto, que podría parecer intrascendente, tiene, por el contrario, la mayor importancia respecto de la naturaleza de la acción de cumplimiento.

En nuestro criterio, la disposición acusada ha debido ser declarada inexequible. No nos cabe duda en el sentido de que desvirtúa y reduce arbitrariamente los alcances del artículo 87 de la Constitución.

Mientras la acción de tutela tiene, como lo ha resaltado la Corte, un carácter subsidiario, en cuanto, con miras a la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales, opera solamente a falta de un medio judicial idóneo para el mismo fin, salvo el caso extraordinario del perjuicio irremediable (art. 86 C.P.), la de cumplimiento se consagró específica y deliberadamente con el objeto de asegurar que, mediante su uso, cualquier persona pudiera obtener, acudiendo a los estrados judiciales, la efectividad de las leyes y los actos administrativos.

No se trata, entonces, de una acción supletoria sino principal. La persona debe poder emplear ese instrumento constitucional de manera directa. Es inoficioso buscar en el ordenamiento jurídico si existe o no otro mecanismo idóneo para el mismo fin, sencillamente porque el único específicamente enderezado a obtener el cumplimiento de las normas es el consagrado por el artículo 87 de la Constitución Política.

En el transfondo de la norma enjuiciada y en la misma argumentación de la Corte está la premisa equivocada de que la acción de cumplimiento supone un interés particular del accionante, y la de que la efectividad de la disposición incumplida, en sí misma, es algo que aquél busca por esta vía solamente a falta de un procedimiento aplicable a su caso con el mismo propósito.

No es así. La de cumplimiento es una acción pública que, si bien no goza de la naturaleza política de la acción de inconstitucionalidad -reservada por ello al ciudadano-, tiene por fundamento y por objetivo la vigencia y realización del orden jurídico a través del cumplimiento de las normas que lo integran.

A la luz de la Constitución, no se necesita acreditar interés particular alguno para poder intentar la acción de cumplimiento, bien que se trate de una ley, ya de un acto administrativo. El interés protegido es público: el acatamiento a lo que la disposición correspondiente haya ordenado y que viene siendo desobedecido. Tampoco hay que probar afectación, daño o amenaza en cabeza propia, pues se parte del supuesto constitucional de que todos los

gobernados, por serlo, están perjudicados por el solo hecho de que un mandato en vigencia, integrante del orden jurídico, esté siendo desacatado.

Por tanto, no puede hablarse de afectado, como lo hace el artículo objeto de controversia, para referirse a quien puede ejercitar la acción. Y, si ello es así, no puede la ley exigir, como requisito para que proceda, la búsqueda de procedimientos judiciales encaminados a la defensa del actor, como sí es normal que suceda en el caso de la acción de tutela. Esta es sucedánea por cuanto persigue la protección de un derecho fundamental radicado en cabeza de una o varias personas en concreto, al paso que la de cumplimiento, con miras a satisfacer el aludido interés general, fue concebida por la Constitución precisamente para eso: para lograr que las normas se cumplan, independientemente de todo interés y de toda afectación particular.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA C-194
mayo 7 de 1998

SANCION ADMINISTRATIVA POR CONTRABANDO-Competencia para aplicarla/
SANCION ADMINISTRATIVA-Procedimiento administrativo

En relación con la determinación e imposición de la sanción administrativa, que corresponde a la multa, y a otras consecuencias de ese orden, su competencia radica exclusivamente en cabeza de los funcionarios de la DIAN. La imposición de las multas, la aprehensión o el decomiso de las mercancías corresponden a un procedimiento administrativo, que por disposición del legislador, lo cual en ningún momento implica inmiscuirse en el proceso penal.

SANCION PENAL POR CONTRABANDO-Competencia para aplicarla

Por el contrario, cuando de dicha conducta se deriva la comisión del delito de contrabando, por expreso mandato constitucional y legal, son los funcionarios judiciales quienes están investidos de la potestad de imponer la pena de prisión o arresto, previo el adelantamiento del respectivo proceso, que se inicia con la etapa de investigación y culmina con la expedición de la sentencia judicial. Por consiguiente, frente a la configuración de los hechos punibles relacionados en las normas acusadas, el funcionario administrativo o la autoridad aduanera están en la obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial para los efectos de imponer las sanciones penales a que haya lugar, mediante la sentencia respectiva.

PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*-Improcedencia de violación

Teniendo en consideración que los supuestos que dan lugar a la actuación administrativa y a la intervención jurisdiccional penal se encuentran claramente diferenciados, resulta obvio que jamás pueden ser concurrentes, de manera que los aludidos procesos administrativo y penal, son independientes, y no configuran por consiguiente, la violación del principio constitucional "non bis in idem".

DECOMISO ADUANERO-Naturaleza

El decomiso aduanero constituye una herramienta de aplicación inmediata, de carácter efectivo en la lucha contra la evasión y el contrabando, con el fin de evitar que se lesione gravemente la economía nacional, así como la competencia leal, lo cual garantiza la prevalencia de los bienes colectivos y supraindividuales. El decomiso se trata de una determinación administrativa, de carácter inmediato, que adopta la autoridad correspondiente como consecuencia de las situaciones fácticas establecidas en las normas demandadas, que no son propias de la extinción del dominio, y en consecuencia, no requieren de una sentencia judicial, sin perjuicio del trámite del proceso penal por la actividad delictiva que ello genera.

EXTINCION DE DOMINIO-Medida de carácter patrimonial/**DECOMISO**-Medida de carácter administrativo

El carácter de la extinción del dominio es preferentemente patrimonial y constituye una conducta independiente de la infracción penal, frente a los hechos punibles imputables a la persona; mientras que el decomiso es una medida inmediata de carácter administrativo que no requiere "del agotamiento de todo un proceso, precisamente por cuanto está concebido para servir a los fines del mismo", en este caso, por expresa disposición del legislador ordinario, dicha autoridad es la "Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o la entidad que haga sus veces", sin perjuicio de la acción penal a que haya lugar frente a la comisión del hecho punible. Por ello, la circunstancia de que la DIAN tenga legalmente la potestad de decomisar o determinar la aprehensión de la mercancía, no configura el desconocimiento del principio constitucional de la independencia judicial, toda vez que el proceso administrativo aduanero es diferente del jurisdiccional.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Improcedencia de violación

En relación con la unidad de materia, lo relevante es la identidad sustancial del tema objeto de legislación y la ya anotada correspondencia entre el articulado y el título de la ley. Por consiguiente, resulta claro que si el objeto de la normatividad, como se desprende del mismo título de la ley es la adopción de medidas indispensables para enfrentar la evasión y el contrabando, deben incluirse, como en efecto se hace en los preceptos impugnados, disposiciones tributarias y aduaneras, encaminadas a erradicar aquellos factores que obstaculizan y perturban la libre competencia en términos de igualdad y probidad. Los artículos 15 a 21 de la Ley 383 de 1997 no vulneran el principio constitucional de unidad de materia legislativa, por cuanto ellos guardan estrecha relación temática y sistemática con el objeto principal de la ley, que consiste en "luchar contra la evasión y el contrabando".

CONGRESO-Expedición y derogación de normas generales en materia aduanera

El Congreso, en materia del régimen de aduanas, circunscribe su actividad legislativa a señalar las normas generales y los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno, mientras que a éste le corresponde "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas". La expedición de las normas y leyes -así como su derogación, que implica la modificación del estatuto aduanero, y el establecimiento de impuestos- concernientes al saneamiento de mercancías, aprehensión y decomiso de las mismas, entre otras materias, es competencia del Congreso y no del Ejecutivo. Igualmente, las previsiones ajenas a los elementos comerciales del régimen de aduanas, como ocurre con la penalización del contrabando, son atribuciones del resorte del legislador ordinario.

CONTRABANDO-Pena de prisión

La imposición de la pena de prisión prevista en el artículo 15 acusado, se deriva de la comisión de un ilícito, que acarrea dicha sanción penal, la que no se reduce a una mera y simple obligación dineraria o crediticia de índole civil o comercial. Por ello, cabe reiterar entonces, que la pena de prisión impuesta, se produce no por el incumplimiento de obligaciones civiles contractuales, que es lo que prohíbe la norma superior, sino en razón del quebrantamiento del orden jurídico por el ejercicio de una actividad ilícita y antijurídica de carácter penal, como lo es el contrabando. Siendo la pena de prisión consagrada, la consecuencia directa del quebrantamiento del orden

jurídico por la comisión del hecho punible del contrabando, y no como erróneamente lo entiende el actor, del incumplimiento de una deuda en dinero o en especie, lo que no resulta violatorio de ningún precepto constitucional, habrá que concluir que el cargo no prospera.

CONTRABANDO-Improcedencia de violación de la libertad de trabajo

El comerciante que en desarrollo de sus actividades incurre en el delito de contrabando, no puede alegar en ningún caso la libertad de trabajo, aunque éste constituya un derecho fundamental, pues su ejercicio implica el cumplimiento de unas responsabilidades y deberes correlativos, como actuar dentro del marco de la legalidad, y al no hacerlo, su derecho pierde efectividad y carece de protección.

DERECHOS ADQUIRIDOS-Improcedencia de desconocimiento

Los artículos examinados de la Ley 383 de 1997 no desconocen, derechos adquiridos consolidados, pues en los supuestos que ella contempla, se adquirió la propiedad de los bienes y de las mercancías en abierta transgresión al ordenamiento jurídico vigente, vulnerando los límites fijados por el orden jurídico, motivo por el cual no puede afirmarse, como erróneamente lo pretende uno de los demandantes, que exista un derecho legítimo de los presuntos titulares de la propiedad. No puede entonces, catalogarse como derecho adquirido "con justo título" y "con arreglo a las leyes civiles" por el uso o disfrute indebido del derecho de propiedad.

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY-Improcedencia de violación

El parágrafo transitorio demandado no vulnera el principio de la irretroactividad de la ley, pues este lo que está concediendo es un plazo de gracia para que "dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley", acrediten la legal introducción de las mercancías y dentro de los cuatro meses de vigencia de la misma, la legalicen, con lo cual no se está dando carácter retroactivo a la ley, sino por el contrario, fijando unos términos razonables para legalizar la mercancía ya que de no hacerlo, no es posible "dentro de la vigencia de la ley", ejercer las referidas actividades comerciales.

EVASION Y CONTRABANDO

Resulta contrario al ordenamiento superior que se establezcan reconocimientos por la "no colaboración eficaz" en la lucha contra la evasión y el contrabando, ya que aparte de constituir un despropósito jurídico, es bien sabido que es función de las autoridades de la República asegurar la vigencia de un orden justo, estando la función administrativa al servicio permanente de los intereses generales, los cuales se desarrollan con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Referencia: Expedientes Acumulados D-1834, D-1852, D-1855, D-1861 y D-1864.

Acciones de inconstitucionalidad de los artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 51 numeral 1° de la Ley 383 de 1997, "Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando y se dictan otras disposiciones", y 7° (parcial) de la Ley 56 de 1981.

Demandantes: Guillermo Chahín Lizcano, Enrique Martínez Sánchez, Libardo Cajamarca Castro, Héctor Matamoros de La Torre y Carlos Germán Farfán Patiño.

Magistrado Sustanciador: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo siete (7) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Guillermo Chahín Lizcano, Enrique Martínez Sánchez, Libardo Cajamarca Castro, Héctor Matamoros de La Torre

y Carlos Germán Farfán Patiño, promovieron demandas ante la Corte Constitucional contra los artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 51 numeral 1° de la Ley 383 de 1997, "Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando y se dictan otras disposiciones", y contra el artículo 7o. (parcial) de la Ley 56 de 1981, las cuales se proceden a decidir una vez tramitado el juicio correspondiente y previas las siguientes consideraciones.

La Sala Plena decidió acumular las demandas, a fin de que estas fueran resueltas en la misma sentencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 2067 de 1991, dada la identidad de materia.

I. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Se transcriben a continuación los textos de los preceptos demandados, subrayándose los apartes acusados.

"Ley 383 de 1997

"Artículo 15. Contrabando. Quien introduzca o saque bienes del territorio nacional, sin declararlos o presentarlos ante la autoridad aduanera, o por lugar no habilitado o sin los documentos soporte de la operación de comercio exterior, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años, y multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados, sin perjuicio del concurso de hechos punibles.

La pena descrita en el inciso primero no se aplicará cuando la cuantía de los bienes involucrados sea inferior a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las sanciones administrativas.

Parágrafo 1°. Los vehículos automotores que transiten en departamentos que tienen zonas de frontera de acuerdo con lo estipulado en el artículo 272 de la Ley 223 de diciembre de 1995, no estarán sometidos a lo establecido en este artículo.

Parágrafo 2°. Cuando el contrabando por cuantía superior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes se realice fraccionadamente en diferentes actos de inferior importe cada uno y sean sancionados administrativamente, tendrán estos el carácter de delito continuado si existe unidad de propósito, y así se infiere de la identidad de su autor y de los medios utilizados en su comisión".

Artículo 16. Favorecimiento de contrabando. El que en cuantía superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio nacional sin haber sido declarada, o sin haber sido presentada ante la autoridad aduanera, o ingresada por lugar no habilitado, o sin los documentos de soporte, incurrirá en pena de arresto de seis (6) a veinticuatro (24) meses y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

El juez al imponer la pena, privará al responsable del derecho de ejercer el comercio por el término del arresto y un (1) año más.

Parágrafo transitorio. Para los efectos del presente artículo, no serán responsables penalmente los comerciantes minoristas que, dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, presenten ante la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de su jurisdicción, relación de las mercancías respecto de las

cuales no se pueda acreditar su legal introducción o permanencia en el territorio nacional, y que a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, las legalicen de conformidad con lo establecido en los artículos 57, 58 y 82 del Decreto 1909 de 1992.

La eximente de responsabilidad establecida en este parágrafo, se aplica de manera exclusiva respecto de las mercancías legalizadas en el plazo aquí establecido.

Artículo 17. Defraudación a las rentas de aduana. El que declare tributos aduaneros por un valor inferior al que por la ley le corresponde, en una cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de multa equivalente a veinte (20) veces lo dejado de declarar por concepto de tributos aduaneros.

Parágrafo. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica en los casos en que el valor informado corresponda a controversias sobre clasificación arancelaria.

Artículo 18. Favorecimiento por servidor público. El servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma facilite la introducción de mercancía de prohibida importación al país, o el ingreso de mercancía sin declarar o sin presentar ante la autoridad aduanera, o por lugar no habilitado o sin los documentos soporte, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y la pérdida e interdicción de las funciones públicas.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad, si el favorecimiento se presenta en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del concurso de hechos punibles.

Artículo 19. Colaboración eficaz. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales reconocerá a favor de las entidades territoriales que presten colaboración eficaz en la aprehensión de mercancias de contrabando, un sesenta por ciento (60%) del total de la venta efectiva correspondiente, deduciendo los costos relacionados con el manejo de la mercancía, su almacenamiento y demás en que se incurra para realizar su venta.

Cuando no exista colaboración eficaz, se reconocerá a las entidades territoriales un porcentaje del sesenta por ciento (60%) correspondiente al valor global de las ventas diferentes de las que trata el inciso anterior descontados los costos de manejo y almacenamiento de las mercancías a cargo de la DIAN y demás incurridos para legalizar su venta; distribuido a prorrata del monto total de las aprehensiones e incautaciones efectuadas en la jurisdicción de la correspondiente entidad territorial en el año inmediatamente anterior.

Parágrafo. El reconocimiento previsto en el presente artículo, sólo será procedente una vez sea agotado el procedimiento administrativo de venta de la mercancía.

Artículo 20. Definición de la situación jurídica de las mercancías. Toda determinación referente a la aprehensión, carácter, valor aduanero, decomiso y disposición de las mercancías, será responsabilidad de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o de la entidad que haga sus veces.

Artículo 21. Los recursos provenientes de la venta o remate de mercancías abandonadas o decomisadas por la autoridad aduanera, serán invertidos en programas de lucha contra la evasión o el contrabando. Para estos efectos, el presupuesto nacional

adicionará anualmente al presupuesto de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o la entidad que haga sus veces, una partida equivalente al valor de las ventas o remates de las mercancías comercializadas en el año inmediatamente anterior".

...

Artículo 51. Para efectos del artículo 24-1 de la Ley 142 de 1994, el impuesto de industria y comercio en la prestación de los servicios públicos domiciliarios se causa en el municipio en donde se preste el servicio al usuario final sobre el valor promedio mensual facturado.

En los casos que a continuación se indica, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. La generación de energía eléctrica continuará gravada de acuerdo con lo previsto en el artículo 7o. de la Ley 56 de 1981.

...".

LEY 56 DE 1981

Artículo 7o. Las entidades propietarias pagarán a los municipios los impuestos, tasas, gravámenes o contribuciones de carácter municipal diferentes del impuesto predial, únicamente a partir del momento en que las obras entren en operación o funcionamiento y dentro de las siguientes limitaciones:

a) Las entidades propietarias de obras para generación de energía eléctrica, podrán ser gravadas con el impuesto de industria y comercio, limitada a cinco pesos ($5.oo) anuales por cada kilovatio instalado en la respectiva central generadora.

El Gobierno Nacional fijará mediante decreto la proporción en que dicho impuesto debe distribuírse entre los diferentes municipios afectados en donde se realicen las obras y su monto se reajustará anualmente en un porcentaje igual al índice nacional de incremento del costo de vida certificado por el DANE correspondiente al año inmediatamente anterior".

II. FUNDAMENTOS DE LAS DEMANDAS

A continuación se resumen los cargos formulados en cada una de las demandas:

El ciudadano Guillermo Chahín Lizcano demanda los artículos 20 y 21 de la Ley 383 de 1997, por quebrantar los artículos 13, 29, 34, 58, 116, 150-2 y 152 de la Constitución Política.

Sostiene el demandante, que la ley impugnada no se refiere a ninguna de las instituciones consagradas en el artículo 58 superior, y que al disponer una expropiación administrativa como la que comporta el decomiso aduanero que regulan los artículos 20 y 21, desconoce abiertamente la normatividad constitucional que determina el régimen de la propiedad en Colombia, según el cual, el propietario a quien en los casos del artículo 58 se le afecta una propiedad, no la pierde como consecuencia de haberla obtenido ilícitamente o como producto de una actividad punible, sino que su título es limpio pero subordinado a la utilidad pública y al interés social, por lo que recibe una indemnización como justa compensación a la forzada transmisión de la propiedad al Estado.

Indica el actor, que "el vicio de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados aparece evidente cuando la Carta Política ordena que esa declaratoria de extinción del dominio o del

decomiso, se pronuncie por sentencia judicial, lo que significa que el ordenamiento superior exige una actuación del órgano jurisdiccional competente, para que, mediante sentencia ejecutoriada, se extinga o retire la propiedad a su titular, debido a la irregular situación aduanera y de comercio exterior que perjudica al tesoro público, y se traslade al Estado".

Además, señala que la aplicación del decomiso, según lo disponen los artículos 51 del Decreto 755 de 1990 y 80 del Decreto 1909 de 1992, implica la atribución de esa competencia, que es del juez, al administrador de Aduanas. El mismo decreto 755 le da a esta figura la consecuencia de la pérdida de la propiedad para asumirla el Estado cuando la Administración de Aduanas encuentra que la mercancía no se legalizó en los términos del reglamento, quebrantando con ello el artículo 34 de la Carta Fundamental.

Agrega, que según el artículo 7o. de la Ley 333 de 1996, el decomiso o la extinción de dominio tienen un carácter jurisdiccional, lo que según él es desconocido por los preceptos demandados, situación esta que ocurre igualmente con el procedimiento que conduce a la extinción del dominio o al decomiso de mercancías para trasladarlas a propiedad del Estado. Se trata entonces, de una tramitación de naturaleza judicial que se surte en el proceso penal respectivo, previo ejercicio de la acción consagrada en el precepto citado.

Así entonces, considera que sólo el juez como resultado de un proceso judicial, puede afectar la propiedad y demás derechos o extinguirlos; la administración carece de potestad para definir la existencia o eficacia de los derechos, pues su función se limita a proteger a las personas y a cumplir la ley y las decisiones judiciales, mas no a declarar los derechos y libertades de las personas.

Y es más evidente en su criterio la inconstitucionalidad, al examinar el artículo 51 del Decreto 755 de 1990, que autoriza que la pena de extinción del dominio o decomiso a favor del Estado, se decrete, o por la comisión de un delito o por una mera falta administrativa, y no como dice el artículo 34 de la Constitución, porque los bienes se adquirieron mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Y lo más grave en ambos casos, es que sea por una autoridad administrativa y no por el juez; la falta administrativa no puede originar constitucionalmente una pérdida de la propiedad por decomiso o extinción del dominio, que es una pena impuesta por un juez como resultado de un proceso judicial.

En este orden de ideas, indica el actor que restablecida por la Ley 383 de 1997 la condición de delito que ostentan ciertas violaciones a las normas aduaneras, no puede admitirse que es constitucional que el decomiso, o la extinción del dominio de los bienes relacionados con tales conductas, se realice por autoridades administrativas y no por autoridades judiciales.

Aduce el demandante, que las normas acusadas violan los artículos 13 y 29 de la Constitución, pues mientras unas personas en Colombia tienen la garantía judicial respecto de los bienes que hayan sido considerados como producto del delito o vinculados a la comisión de un delito, para efectos de la extinción del dominio o de la expropiación o del decomiso, otros, los declarados incursos en contrabando son desposeídos, vale decir, expropiados sin dicha garantía, en la medida en que el decomiso y el traslado de dominio sobre los bienes a la Nación se decreta por una autoridad administrativa. Es más, agrega que a unas personas que no han cometido delito alguno, sino una falta administrativa aduanera que no quedó tipificada como delito de contrabando, se les aplicaría también el decomiso como sanción por funcionarios administrativos, al paso que quienes incurrieron en delitos sólo pueden ser privados de su derecho a la propiedad por el juez. Ello comporta, a más de una irracionalidad que se introduce

en el ordenamiento jurídico, una discriminación que se haría más aberrante en el caso de que el juez que juzga el delito de contrabando absolviera al sindicado y éste fuera a reclamar los bienes decomisados por la aduana, los cuales ya no le pertenecen.

Finalmente, en relación con el debido proceso, es claro en su concepto, que mientras la Constitución ordena que la expropiación, la extinción del dominio o el decomiso son instituciones que se desarrollan mediante procesos judiciales por los jueces, las normas demandadas determinan que ellas se cumplan según procesos administrativos y por funcionarios administrativos.

Por su parte, el ciudadano Héctor Matamoros de La Torre solicita declarar inexequibles los artículos 15, 16, y 20 de la Ley 383 del 10 de julio de 1997, por considerar que con ellos se están violando los artículos 13, 29, 113, 116, 133, 228, 250 y 251 de la Constitución Política. Expuso sus argumentos sobre la inconstitucionalidad de la norma acusada de la siguiente manera:

Manifiesta que no comparte el criterio según el cual, los hechos punibles aduaneros, en cuantías inferiores a un mil cien salarios mínimos legales mensuales, generen ante la mera infracción administrativa, que conoce y sanciona la Dirección de Impuestos y Aduanas, la misma la responsabilidad al definir la situación jurídica del objeto materia de las mercancías afectadas, desde la aprehensión hasta el decomiso y su destino final. Así mismo, expresa que ninguna otra autoridad puede disputarle la competencia sobre decisiones relativas a la aprehensión, al origen espurio o lícito de las cosas incautadas, a los dictámenes de reconocimientos y avalúos y a la pérdida en favor del Estado o devolución a sus propietarios, sometiendo a la justicia penal ordinaria a acatarlas, no obstante la gran incidencia que tienen en el proceso penal, sin tener en cuenta, en particular, que la propia Constitución prohibe en su artículo 113 que las autoridades administrativas instruyan sumarios o juzguen delitos, así sea parcialmente, pues esto afectaría la independencia e igualdad que debe existir entre las ramas del poder público.

Reitera que dentro del proceso penal, es indiscutible el avalúo y el carácter lícito o ilícito del objeto o la expropiación, pero como son determinaciones de la exclusiva responsabilidad de las autoridades aduaneras, son ellos quienes deberán decidir cuando el asunto es penal, pues manejan sus cuantías, y establecen cuando hay objetivamente delito, ya que definen el decomiso. Esto, determina dentro de vías gubernativas de cuya seriedad, celeridad, transparencia y autonomía nadie responde, que los funcionarios se conviertan en juez y parte, lo que en su concepto puede originar irregularidades por contradicción entre la ley penal y las decisiones de la entidad aduanera, no compartiendo por ello que pueda resultar ser responsable e irresponsable a la vez por las decisiones disimiles de las autoridades independientes.

Aclara, que no objeta que los funcionarios de aduanas puedan aprehender mercancías; lo que discute y considera inaceptable, es que otras autoridades, como la policía o los jueces, no puedan hacerlo. Con esta salvedad, admite la constitucionalidad del artículo 20 de la ley demandada, pero advierte que debe tenerse en cuenta las funciones asignadas en el artículo 251-3 de la Constitución a la Fiscalía General de la Nación, por lo cual concluye que la Dirección de Aduanas no tiene la exclusiva responsabilidad en la aprehensión de mercancías, ni respecto de la disposición de los bienes decomisados; estima que por ser de contrabando, es legítima esta medida, constituyéndose en ingresos extraordinarios del Estado.

Respecto al debido proceso, manifiesta que en relación con el juzgamiento (sumario y causa), este debe adelantarse ante el juez (o fiscal) competente, advirtiendo que la ley 383/97 divide esa competencia, trasladando a la Administración de Impuestos Nacionales funciones

que implican ejercicio de la jurisdicción penal, las cuales ni tiene legalmente, ni le pueden ser asignadas, pues de manera enfática la Carta Fundamental, le prohibe instruir sumarios o juzgar delitos (art. 113 C.P.).

Manifiesta que el juzgamiento (sumario y causa) se respeta observando la plenitud de las formas de cada juicio. De consiguiente, frente a un proceso penal por presunta violación de la ley penal, ninguno de esos actos pueden quedar por fuera de las competencias judiciales, ni siquiera parcialmente, y mucho menos separándose en dos juicios, sucesivos o simultáneos, ya que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, situación esta que se presenta en los artículos demandados, los cuales permiten el desarrollo simultáneo de dos juicios, administrativo y judicial, primando el aduanero.

Sostiene que los términos contenidos en los preceptos impugnados, a saber "bienes", "mercancías" y "contrabando", constituyen el objeto material del delito y forman parte de la "tipicidad", para inferir que es necesario que exista contrabando para que la conclusión sea la expropiación; y agrega que el decomiso es el resultado del reconocimiento de la existencia del delito de contrabando desde el punto de vista material, porque la culpabilidad es el único elemento que se requiere dejar al libre análisis de los fiscales y jueces, por lo que en su criterio es absurdo condenar o absolver por un delito cuya existencia o inexistencia debe ser declarada por funcionarios de la Rama Ejecutiva.

Estima que autorizar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para interferir en el proceso penal y respecto del delito de contrabando, constituye un desconocimiento de la integración de los conceptos de hecho punible y del proceso, que no se pueden dividir entre las distintas ramas del poder. En estas condiciones, señala que el delito es un ente indivisible e inescindible que sólo puede tener una categoría ética y jurídica; no puede ser una forma delictiva y a la vez una falta administrativa.

Por ultimo, en relación con el argumento de la razonabilidad de las leyes, señala que el derecho al debido proceso, del cual se desprende el compromiso de que la ley sea justa, impone al legislador que obre con sujeción al derecho, sin que la actuación pueda ser arbitraria, pues se incurriría en vías de facto y sus actos serían invalidables.

En relación con los artículos 15 (contrabando) y 16 (favorecimiento de contrabando) de la ley 383 acusada, indica que allí se sanciona el delito con penas privativas de la libertad a partir de 1.100 salarios mínimos; con respecto a ello, manifiesta que además de los planteamientos expuestos anteriormente sobre su inconstitucionalidad, sus cuantías son antitécnicas, por el resultado desigual dado a la delincuencia, lo que en su criterio termina favoreciendo el delito, no lográndose la finalidad pretendida por la ley.

De otro lado, el ciudadano Libardo Cajamarca Castro presentó demanda contra los artículos 15 parágrafo 2o., 16 parágrafo transitorio y 20 de la Ley 383 de 1997, por considerar que estos vulneran los artículos 1°, 2°, 13, 29, 58 y 83 de la Constitución Política.

Manifiesta que el parágrafo 2o. del artículo 15 es violatorio de los artículos 13 y 29 de la Carta, por quebrantar el principio de la cosa juzgada, al disponer que si una persona realizó diferentes actos o conductas en diferentes períodos de tiempo y fue sancionado administrativamente, se le imputará el carácter de delito continuado, contrariándose con ello el principio constitucional de la igualdad ante la ley y el debido proceso.

Sostiene que el artículo 16 demandado es ilegal, pues al hacer referencia al favorecimiento del contrabando, está violando los artículos 29, 58 y 83 de la Carta, desconociendo así el debido proceso, la propiedad privada de los derechos adquiridos y la buena fe de los comerciantes

minoristas que poseen mercancías que han adquirido dentro del mercado nacional en la libre oferta y demanda.

Aduce, que el citado artículo viola los artículos 1o. y 2o. de la Constitución Política, por cuanto se desconoce el principio fundado en el respeto al trabajo en condiciones dignas de los comerciantes minoritarios, al impedirles ejercer sus actividades comerciales, y al penalizar su ejercicio por distribuir mercancías que han adquirido en el mercado nacional a través de la oferta y la demanda.

Respecto a la violación del artículo 29 Superior, expresa que en la norma acusada las conductas de menor entidad tienen beneficios liberatorios menores que aquellos para los cuales se han previsto sanciones mayores; como prueba de ello, cita el inciso 2o. del artículo 15 de la Ley 383 de 1997, y señala que se está exigiendo una mayor responsabilidad penal, con lo cual se viola flagrantemente la presunción de inocencia, ya que el legislador y los jueces no pueden presumir la culpabilidad de nadie, porque ésta es la columna vertebral del ordenamiento jurídico penal.

Afirma que de conformidad con las conductas y principios rectores de la disposición acusada, el legislador traslada la carga de la prueba a aquellas personas que comercialicen, distribuyan o enajenen mercancías introducidas al territorio nacional, sin haber sido declaradas o sin haber sido presentadas ante la entidad aduanera, o ingresadas por lugares no habilitados, o sin los documentos soportes, aceptándose de esta manera la responsabilidad objetiva que está proscrita en nuestro sistema jurídico, lo cual es contrario a los principios constitucionales y legales al aceptar previamente la culpabilidad del inculpado, desconociendo la presunción de inocencia de todo individuo hasta que no haya sido declarado judicialmente culpable del hecho que se investiga.

Igualmente, considera que se viola el artículo 58 de la Constitución en lo referente al derecho de propiedad privada y a los derechos adquiridos del comerciante (minoritario) que ha adquirido legalmente mercancías en el territorio nacional y desconoce la forma de ingreso para su comercialización, puesto que los bienes muebles como las mercancías, sólo requieren de la solemnidad de poseerlos como señor y dueño, no exigiendo la ley mercantil al comerciante ningún otro requisito. En consecuencia, cuando se adquieren estos bienes y se posee una factura, se está frente a un derecho adquirido conforme a las leyes civiles y comerciales, puesto que la factura es el título de propiedad, sin entrar a determinar si quien lo vende adquirió las mercancías de una forma irregular en cuanto a la introducción al país. Por ello, en el evento de penalizar o decomisar los bienes o mercancías a comerciantes (minoritarios) que las distribuyen o enajenan sin conocer su procedencia, presumiendo que se encuentran legalmente en el país, se estaría violando el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución.

Por otra parte, considera que el artículo 16 parágrafo transitorio, viola el artículo 29 de la Constitución Política, en razón a que la ley en este caso debería regir hacia el futuro, y el citado precepto le da efecto contrario cuando se refiere a los comerciantes minoritarios que posean mercancías antes de entrar en vigencia la Ley 383 de 1997.

De otro lado, solicita a la Corte, precisar los alcances y determinar con claridad la tipificación del delito en caso que se declaren exequible los artículos aquí impugnados, en cuanto tienen que ver con los comerciantes minoritarios que legalmente están reconocidos y establecidos, que posean, distribuyan o comercialicen mercancías adquiridas en legal forma dentro del país, de acuerdo a la costumbre comercial y que supone fueron transadas de buena fe, desconociendo la forma como ingresaron al país.

Para finalizar, manifiesta que el artículo 20 demandado, viola el artículo 29 de la Carta, pues se entrega a la Dirección de Impuestos y Aduanas la definición de la situación jurídica de las mercancías, sin señalar cual ha de ser el procedimiento a seguir por la autoridad aduanera para la aprehensión o el decomiso de las mercancías, quebrantando con ello el principio de defensa que tiene todo ciudadano para controvertir las pruebas; y aclara además, que de tratarse de un asunto en materia penal, la autoridad competente sería aquella que está adelantando la respectiva investigación. Agrega que como está redactado el artículo mencionado, sustrae de la justicia penal la definición de la situación jurídica de las mercancías consideradas objeto del delito de contrabando.

Por su parte, el ciudadano Enrique Martínez Sánchez presentó demanda contra los artículos 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 383 de 1997 por vulnerar, según él, los artículos 13, 25, 26, 28, 29, 150 numeral 19 literal c) y 158 de la Constitución Política, con fundamento en las razones que se exponen a continuación:

a) **Violación del artículo 150 numeral 19.**

Los artículos 15 parágrafos uno y dos, 16 y su parágrafo transitorio, 17 y su parágrafo, 18 y 19 y su parágrafo, son a juicio del actor inconstitucionales, ya que a través de ellos, el legislador irrumpió en la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pues sólo este por vía reglamentaria puede variar el régimen de aduanas, tal como se establece en el artículo 189 numeral 25 superior, así como desarrollar las autorizaciones generales de la ley marco expedida por el Congreso, el cual no puede entonces modificar ni derogar una ley cuadro ni los decretos dictados con base en ella.

En efecto, el legislador al dictar una ley marco traslada su competencia al Ejecutivo a fin de que este, por medio de la función reglamentaria, expida las normas que se ajusten a las prescripciones estrictas de dicha ley que lo limita. Al hacerlo, el Congreso no puede pronunciarse por medio de leyes ordinarias, sino únicamente expidiendo una nueva ley de semejantes características. Por ende, cuando el legislador cambió el tratamiento de la infracción administrativa consistente en la introducción de bienes sin declararlos ante la autoridad aduanera, varió sustancialmente el régimen de aduanas del país estableciendo un nuevo sistema de control de tales situaciones aduaneras, paralelo y coexistente con el actualmente vigente de naturaleza administrativa, y como es obvio, un nuevo sistema sancionatorio de carácter punitivo de naturaleza penal con penas privativas de la libertad para efectos de la represión prevista para los comportamientos mencionados, rompe el mandato establecido en la ley marco vigente (artículo 1° numeral 7 de la Ley 6ª de 1971) y desatiende con ello el artículo 3o. de dicha ley.

De esta manera, es obvio concluir que el legislador no podía regular la materia cambiando el régimen de aduanas, en vista de que se había desprendido de la potestad del legislador por vía de una ley ordinaria, por mandato del artículo 150 numeral 19 de la Carta.

b) **Violación del literal c) del artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política.**

Por otra parte, indica que las normas señaladas vulneraron el literal c) del artículo 150 numeral 19 superior, el cual al establecer que la materia del régimen aduanero debe ser regulada mediante una ley marco, prescribe adicionalmente de manera expresa que las modificaciones reglamentarias que se efectúen deben obedecer a razones de política comercial, lo cual no fue observado por el legislador ordinario, ni por el Gobierno como autor de la iniciativa legislativa, ya que al configurar como delito una acción de introducción de mercancías sin declarar por lugar no habilitado, o declarándola en condiciones diversas a las reales, con fundamento en una

política criminal del Estado o de carácter fiscal, cambiario, tributario e incluso, de carácter penal, tal como se desprende de la exposición de motivos presentada por el Gobierno, en modo alguno obedece a consideraciones de índole comercial como lo exige la Carta.

c) **Violación del artículo 158 Superior.**

Citando algunas sentencias de esta Corporación, considera que las normas acusadas vulneran el ordenamiento constitucional, por cuanto no existe relación o conexidad entre ellas y la Ley de tributos (Ley 383 de 1997), ya que "no es ni tributario, ni fiscal configurar un hecho punible reprochable penalmente bajo el nombre de delito". De igual manera, afirma que tampoco se dirigen con igual propósito o finalidad, ya que el hecho de establecer un delito no se refiere ni directa ni indirectamente al pago de impuestos, pues si estos se llegaran a recaudar, sería por la vigencia de la ley de saneamiento de las mercancías que actualmente coexiste con el delito, pero no propiamente por la creación del hecho punible de contrabando.

En suma, considera que no constituye la misma materia, ni se conforma con el sentido de razones de comercio exterior, ya que se insertó en la ley un delito que no tiene que ver ni con los impuestos, ni con recursos fiscales, ni con el comercio como actividad, sino que estableció de modo extraño al sentido general de la ley un delito como ejercicio excesivo del poder estatal de castigar a las personas en las hipótesis previstas en la Ley 383 de 1997.

d) **Violación del artículo 28 de la Carta Política.**

Las normas acusadas vulneran esta disposición constitucional, en cuanto establecen la pena de prisión y arresto para las personas que introduzcan mercancías o saquen bienes del territorio nacional sin declararlos en la aduana, cuando de acuerdo con el régimen previsto por los Decretos 1909 de 1992 y 1751 de 1991, actualmente vigentes, el Estado permite sanear dichas mercancías pagando los impuestos debidos e imponiendo una sanción pecuniaria del 30%, 50% o 75%, según si se declara voluntariamente la mercancía introducida al país, con lo que la irregularidad aduanera mencionada se resuelve mediante una obligación de pagar una suma determinada de dinero para sanear la infracción administrativa de contrabando.

Para el demandante, esta disposición se torna excesiva por cuanto las deudas al fisco pueden ser resueltas mediante facilidades de pago de acuerdo con la ley, por lo cual resulta quebrantado el artículo 28 de la Carta que impide la detención, la prisión o el arresto por deudas, que incluye aquellas en favor del Estado que pueden sanearse en cualquier momento, tal como lo disponen los artículos 57 y 82 de la Ley 1909 de 1992.

Existiendo el saneamiento y el rescate contemplados en las normas legales y su régimen, como de una deuda exigible por procedimiento coactivo administrativo con la posibilidad del acuerdo de pagos hasta en cinco años, no cabe penalizarlo coetáneamente, dado que ello convierte la obligación de pagar al Estado la tarifa o el arancel con su incremento sancionatorio, en un delito reprimido con penas de prisión y arresto, lo cual está prohibido por el artículo 28 de la Carta.

e) **Violación del principio de la legalidad del delito y non bis in idem consagrados en el artículo 29 de la Carta.**

Según afirma el demandante, las infracciones aduaneras de contrabando están sancionadas administrativamente, como se deduce de los tratados y las recomendaciones de derecho internacional (tratados de la ALALC y de la OMC), así como del Decreto 1909 de 1992, por lo cual no se compadece establecer una nueva sanción coexistente con aquella, lo que representa

una doble sanción por el mismo hecho, vulnerándose con ello el principio non bis in idem que constituye una garantía de la persona investigada y sancionada.

Así mismo, estima que se vulnera el principio de legalidad del delito establecida en el artículo 29 de la Carta, ya que la ley penal -en este caso la Ley 383 de 1997- en los artículos demandados que penalizan el contrabando, comprende *ex post facto* hechos de introducción de mercancías de consumo al país, ya ocurridos antes de la expedición de la ley, como se deduce del texto del parágrafo transitorio del artículo 16 que obliga a declarar las mercancías que se hallen en territorio nacional para legalizarlas, en un distinto y perentorio término, en contra del plazo señalado en el artículo 57 del Decreto 1909 de 1992.

Con esto, señala, se cometieron a su juicio dos graves violaciones al ordenamiento constitucional, ya que de una parte, se crea un delito ex post facto de contrabando para mercancías que ya se encontraban introducidas en el país, al amparo de una legislación administrativa vigente que autorizaba en aquella época la introducción -y aún autoriza hoy- de mercancías con la obligación de pagar los impuestos y las tarifas en cualquier tiempo. Es ostensible entonces, que hechos permitidos bajo leyes administrativas vigentes, ya sucedidos para la época de la expedición de la ley, resultan ahora reprimidos y convertidos en delito por la nueva ley, que en esta oportunidad se demanda.

Por otra parte, el legislador ha irrumpido en la potestad reglamentaria del Ejecutivo, ya que el Decreto 1909 de 1992, ya había reglamentado y sancionado administrativamente el ingreso de mercancías en la condición irregular aduanera aludida, materia en la cual no tiene competencia el Congreso por razón de la distribución de competencias de la ley marco, según lo previsto en el artículo 150 numeral 19 literal c) de la Carta, en armonía con el artículo 189 numeral 25 del mismo ordenamiento.

f) **Violación al derecho a la libertad de oficio consagrado en los artículos 25 y 26 de la Carta.**

Finalmente, considera el demandante que la legislación despenalizó el contrabando y convirtió la circulación de mercancías en una actividad libre que no requiere de títulos de formación académica y por lo mismo de libre ejercicio, que no puede entonces ser restringida, salvo que la actividad implique un riesgo social.

En este orden de ideas, afirma que no es factible introducir un límite de carácter penal mediante la configuración de un delito con pena privativa de la libertad a esta actividad, ya que esto pone un freno a la misma, y configura un límite real a la actividad de los comerciantes como oficio, lo cual vulnera la Constitución, pues restringe el derecho a ejercerla, dado que actualmente, bien en forma regular o sin el lleno de los requisitos administrativos correspondientes, puede ejercitarse en cualquier tiempo, sin el límite real que significa la sanción penal.

Por último, el ciudadano Carlos Germán Farfán Patiño demanda los artículos 51 numeral 1 de la Ley 383 de 1997 y el 7o. (parcial) de la Ley 56 de 1981, por violación de los artículos 294 y 338 de la Constitución, pues las normas acusadas en su criterio establecen un tratamiento preferencial a favor de las empresas generadoras de energía eléctrica, en desmedro de los derechos de los municipios sobre el impuesto de industria y comercio, en clara violación de su autonomía fiscal.

IV. INTERVENCIONES

Dentro del término de fijación en lista, se presentaron las siguientes intervenciones:

4.1 El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de apoderado, presentó escrito por medio del cual justifica la exequibilidad de los preceptos demandados, con fundamento en las siguientes precisiones.

En primer lugar, cuestiona la pretensión inserta en algunas de las impugnaciones de impedir que, además de las sanciones administrativas que se originan por la pretermisión de las normas aduaneras, se deriven resultados penales. En función de los diferentes valores jurídicos que están en juego, ello es perfectamente admisible, sin que por ese hecho se esté atentando contra el principio según el cual, nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

Así, señala que el proceso penal se tramita independientemente del administrativo, ya que al ocurrir un quebrantamiento de las normas administrativas (Decreto 1693 de 1997, artículo 2°; Decreto 1909 de 1992; Decreto 2666 de 1984 y artículos 20 y 21 de la Ley 383 de 1997), que además sea susceptible de ser tipificada en alguno de los hechos punibles creados por la Ley 383 de 1997, el servidor público que tenga conocimiento de ello tendrá la obligación de denunciarlo ante la autoridad competente -la Fiscalía General de la Nación (artículo 25 del CPP.)-, la cual agotará la etapa instructiva, y si hubiere lugar a ello, remitirá la investigación a los jueces penales del circuito para que adelanten la etapa del juicio. En consecuencia, serán estos organismos de la rama judicial los encargados de proferir las providencias que en su entender, consideren apropiadas, ello sin perjuicio de que el procedimiento administrativo pueda nutrir el penal, y viceversa, mediante la figura de la prueba trasladada, sin menoscabo de la autonomía necesaria en sus determinaciones.

Por ello, no existe vulneración al debido proceso ni una incursión en las funciones propias de la rama judicial, ni menos aún que las decisiones en cada uno de los ámbitos sean arbitrarias e impidan la debida oportunidad para ejercer el derecho de defensa y la igualdad.

Por su parte, en cuanto hace a la tipicidad de los hechos punibles creados en la Ley 383 de 1997, señala que cada uno de estos (contrabando, favorecimiento de contrabando, defraudación de rentas de la aduana y favorecimiento por servidor público) establecen en forma clara y expresa los sujetos activo y pasivo, la conducta, el bien jurídico tutelado y los ingredientes especiales del tipo. Por ello, a su juicio no está ausente ningún elemento que desvirtúe la garantía que se expresa con la definición inequívoca de hecho punible, de manera que, el análisis debe emprender el fiscal o el juez en su oportunidad deberá incorporar los dos estados restantes para determinar la responsabilidad penal, a saber, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Las conductas descritas y sancionadas en dicha forma, resultan ser inequívocas y el ciudadano con base en la descripción realizada conoce los límites dentro de los cuales su actividad es permisible y no afecta el ámbito penal. De otro lado, por ser tipos penales en blanco, es admisible en su criterio que el legislador haga una remisión a las normas que regulan la entrada y salida de mercancías.

De otro lado, según el interviniente, como el análisis requiere la prueba del dolo, precisa que las afirmaciones según las cuales la legislación penal aduanera atentaría contra la buena fe de los pequeños comerciantes no encuentra soporte, pues como se trata de conductas que no son susceptibles de encausarse a título de culpa o de preterintención, pues así lo establece nuestro ordenamiento penal, es preciso que el sujeto activo conozca el hecho punible y quiera su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola como posible (art. 36 C.P.). De otra parte, en ninguno de estos casos se está contraviniendo el principio de irretroactividad de la ley, como lo sugieren los demandantes, pues toda conducta se juzga a la luz de las normas vigentes al momento de su ocurrencia, de tal forma que a partir de la entrada en vigencia de la misma, las conductas descritas tienen como consecuencia el reproche penal.

Señala igualmente, que si bien en la Constitución se consagra que es labor del Congreso expedir las normas generales a las cuales se sujeta el Gobierno en materia aduanera (art. 150 numeral 19), allí también se aclara que éste debe tener en cuenta razones de política comercial en cuanto a aranceles, tarifas y otros aspectos relativos a las mismas. Dicha disposición se refiere exclusivamente a la forma como debe realizar esa atribución el Gobierno, pero no implica que toda clase de medidas que repercutan en materias aduaneras deban estar fundadas en ese criterio. En pocas palabras, a su juicio resultan necesarias y consustanciales para el buen cumplimiento del cometido que traza el citado precepto constitucional.

Indica el representante judicial del Ministerio de Hacienda, que es suficiente lo establecido en el examen de tipicidad para desestimar el cargo según el cual se produce una alteración del principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho. En cuanto a la libertad de las personas, debe pensarse que si la restricción se produce por causa de una decisión del legislador en los términos que se han expuesto, en manera alguna se quebranta la Constitución; la privación se produce por decisión de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido por el legislador y respetando las garantías propias de cada proceso. La impugnación, manifiesta, cae en el error de asumir que es la obligación la que origina una respuesta sancionatoria del Estado, pero la deuda no es la causa que origina la sanción, sino la pretermisión de las normas aduaneras con los efectos nocivos conocidos, con independencia del procedimiento administrativo.

De otra parte, señala el interviniente que es claro que quienes se sustraen de la normatividad están expuestos a las sanciones administrativas y penales que se definan; quien así actúe no puede oponer a ello el ejercicio de una labor o una actividad o el desarrollo de una profesión o un arte cuando aquellos y éstos provienen de la ilegalidad en la conducta del agente, de su acción por fuera de las normas. En el caso del contrabando, la evolución del derecho penal moderno tiende a censurar y atacar férreamente conductas de "cuello blanco" que de usanza han tenido un poder desestabilizador profundo y una afectación masiva, pero que por efecto de una percepción restringida del delito, no resultaban debidamente sancionadas.

Agrega que el decomiso aduanero surge de la pretermisión de las obligaciones tributarias, cuando es deber de los ciudadanos proceder a su cumplimiento; y lo hace la autoridad que el legislador ha previsto para ello sin que tal circunstancia menoscabe la independencia de la rama judicial, porque en este evento nos encontramos dentro del ámbito administrativo y de las consecuencias que se acarrean dentro del mismo y no en el penal, y ello es así pues no esta ley la que crea esta figura. Además, durante el respectivo trámite administrativo que conduce a la adopción de estas medidas, se garantiza el debido proceso con la posibilidad en todas las instancias de cumplir con las obligaciones que son debidas.

Por ello, señala que es perfectamente válido que la DIAN en el desarrollo de sus funciones que le son inherentes, proceda a tomar las medidas consustanciales al deber de tributar, tanto como es función del Presidente, velar por la estricta recaudación y administración de las rentas públicas. Nada impide, entonces, que el legislador atribuya funciones judiciales en materia precisas, a determinadas autoridades administrativas, como es el caso del decomiso, dado su carácter administrativo.

Respecto de la acusación que obra en el proceso D-1861, indica que debe estarse a lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia No. C-486 de 1997, que declaró exequibles las expresiones del artículo 7° de la Ley 56 de 1981. En relación con los apartes que no se acusaron, señala que en cuanto a la facultad del Gobierno Nacional contenida en el inciso segundo, es

plenamente coherente con la afectación de diversos municipios, lo cual implica que se hagan los respectivos cálculos para determinar la distribución equivalente. Si ello no es así, la remisión efectuada en la ley 383 no tiene vicio alguno de inconstitucionalidad.

Finalmente, en cuanto a la violación del principio de unidad de materia, indica que se trata de disposiciones conexas y relacionadas entre sí, razón por la cual este cargo no debe prosperar.

4.2 Por su parte, el Ministerio de Comercio Exterior, a través de apoderado, presentó escrito apoyando la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 20 y 21 de la Ley 383 de 1997, por cuanto en su criterio, el contrabando es una actividad ilícita prescrita por la ley como delito que atenta contra el tesoro público, al no percibir el Estado los impuestos que deberían pagarse por el ingreso de mercancías al territorio nacional.

Dichos preceptos a juicio del interviniente, no son congruentes con la Constitución Nacional, ya que ésta en su artículo 34 señala que podrán extinguirse los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social mediante sentencia judicial, por lo cual puede decirse que los bienes adquiridos a través del contrabando entrarían dentro de lo preceptuado por esa norma, pero no podría declararse la extinción de su dominio más que por sentencia judicial. Además, afirma que los bienes adquiridos así, tampoco clasificarían dentro de lo consagrado por el artículo 58 constitucional, que prescribe la expropiación de bienes por motivo de utilidad pública por las razones señaladas, sino por tratarse de bienes producto de una actividad ilícita.

4.3 Dentro del término de fijación en lista, la apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, presentó escrito justificando la constitucionalidad de los preceptos impugnados, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Señala la citada funcionaria, que según el precepto constitucional consignado en el artículo primero, Colombia se define como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, fundada en el respeto de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, con prevalencia del interés general.

Indica la interviniente, que a la Rama Ejecutiva como función principal, le corresponde hacer cumplir las leyes mediante el ejercicio de su función administrativa, y su potestad se traduce en la adopción de mecanismos de control, definición de conductas, obligaciones y configuración de sanciones, como medios de realización efectiva de su función, la que se concreta en la expedición de actos administrativos de carácter general y particular.

Por lo anterior, estima que "si a la Rama Judicial le corresponde como función principal la administración de justicia, mediante el ejercicio de la función judicial, su potestad sancionadora, se concreta en la imposición directa de penas como consecuencia de la comisión de un hecho punible, mediante sentencia judicial y una vez agotados los procedimientos propios de cada juicio".

Es así como considera que la facultad sancionadora de una y otra rama se diferencia por su finalidad y esta a su vez encuentra justificación en el cumplimiento efectivo de las funciones constitucionales asignadas. Al respecto, hace referencia a la sentencia de la Corte Constitucional No. C-214 de 1994, mediante la cual esta Corporación concluyó que la potestad administrativa sancionatoria constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración, que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares, el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye a la realización de sus cometidos.

En materia aduanera, señala que la función administrativa está asignada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante el Decreto-ley 1693 de junio 27 de 1997, el cual establece en su artículo 2°, que a ella compete la dirección y administración de la gestión aduanera a través del servicio y apoyo a las operaciones de comercio exterior, la aprehensión, decomiso o declaración en abandono de las mercancías a favor de la Nación, su administración, control y disposición. E igualmente, el artículo 13 ibidem establece las funciones de dicha entidad, dentro de las cuales están las siguientes:

> *"Propugnar por el cumplimiento de las normas tributarias nacionales, aduaneras y cambiarias, prevenir, investigar y reprimir las infracciones al régimen tributario nacional, al régimen de aduanas y al régimen cambiario y aplicar las sanciones que correspondan conforme a los mismos;*
>
> *"Ejercer las funciones de policía judicial, de conformidad con las normas legales".*

Manifiesta además, que el régimen de aduanas está contenido en los reglamentos expedidos por el Ejecutivo en desarrollo de las leyes marco de aduanas y comercio exterior (Ley 6ª de 1971 y Ley 7ª de 1991), atendiendo la previsión constitucional consagrada en el artículo 189 numeral 25 de la Carta Política.

Señala igualmente, que con fundamento en el mismo precepto constitucional, el Gobierno Nacional está facultado para modificar los aranceles y tarifas y todas las disposiciones concernientes al régimen de aduanas sin exceptuarse lo relacionado a los aspectos sancionatorios administrativos a que se contraen las normas acusadas, pues de no ser así, la atribución constitucional quedaría expuesta a su inejecución por la carencia de medios coercitivos idóneos para cumplir con dicho mandato.

Por lo anterior, aduce que las normas acusadas no constituyen una modificación al régimen de aduanas, sino por el contrario, es el desarrollo de la función legislativa otorgada de manera general al Congreso por el artículo 150 de la Carta Política, por lo que es necesario precisar los términos en que se define la función administrativa aduanera, premisa legal de su potestad administrativa sancionatoria.

Al respecto, señala que con fundamento en lo dispuesto en los artículos 57, 67, 79, 80 y 81 del Decreto 1909 de 1992, la legalización de mercancías no determina la propiedad o titularidad de las mismas, ni subsana los ilícitos que se hayan presentado en su adquisición. Cuando una infracción a las normas aduaneras se realice mediante la utilización de documentos falsos, empleando maniobras fraudulentas o engañosas u otros hechos que tipifiquen delito por sí solos o se realice en concurso con otros hechos punibles, se aplicarán las sanciones administrativas que procedan, sin perjuicio de las investigaciones penales que corresponda adelantar.

Así mismo, expresa que los artículos 15 a 21 de la Ley 383 de 1997 no establecen como pena accesoria del delito de contrabando, el decomiso de las mercancías a favor de la Nación, razón por la cual el decomiso administrativo aduanero no es una consecuencia derivada del delito, sino una sanción administrativa aduanera, que se origina en el incumplimiento de las disposiciones aduaneras que regulan la importación de mercancías al territorio nacional, independiente de la penalización del delito de contrabando.

Al respecto, manifiesta la citada funcionaria que la competencia para la aprehensión, reconocimiento y avalúo de las mercancías introducidas de manera irregular al país, corresponde por disposición legal a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; en consecuencia, es obligación legal de los servidores públicos vinculados a dicha entidad no sólo iniciar de manera inmediata la investigación

administrativa, sino poner en conocimiento de la autoridad judicial la ocurrencia del hecho punible referido al contrabando de que tratan los artículos 15 a 21 de la Ley 383 de 1997.

Señala además, que el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal establece las funciones especiales de la policía judicial, así como también las funciones de control y vigilancia de las entidades públicas. Así, de conformidad con el literal p) del artículo 13 del Decreto-ley 1693 de 1997, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ejerce funciones de policía judicial, tales como intervenir en la etapa de la investigación preliminar de los procesos penales que se originen por la comisión del delito de contrabando, a que se refiere las normas aquí acusadas.

En efecto, sostiene que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales es una entidad técnica, y como tal cuenta con servidores públicos especializados en la valoración técnica de la mercancía importada para efectos de determinar su valor aduanero, para lo cual constituye una prueba idónea y eficaz dentro del proceso penal en las etapas de investigación preliminar e instrucción, pero está sometida a su valoración por parte de la entidad judicial en los términos de su sana crítica y para lo cual no existe impedimento alguno para solicitar un nuevo avalúo, que igualmente podrá ser objetado por la autoridad aduanera, a través del Ministerio Público.

Afirma el interviniente, que el artículo 8° del Decreto 2666 de 1984, que fue modificado por el artículo 7° del Decreto 1739 de 1991, establecía que "la mercancía es prenda de la obligación aduanera y su efectividad no afecta la responsabilidad penal por hechos punibles, ni la responsabilidad civil que un tercero pueda ejercer sobre el patrimonio del importador". Funciones estas reiteradas posteriormente en el Decreto 2274 de 1989, que modificó el Estatuto Penal Aduanero. A su vez, el Decreto 2532 de 1989, establece el procedimiento correspondiente a la aprehensión y el decomiso de mercancías por parte de las autoridades administrativas.

En este orden de ideas, señala la funcionaria, que las autoridades administrativas antes y después del Decreto Extraordinario 1750 de 1991, que eliminó el hecho punible de conductas tipificadas en el Estatuto Penal Aduanero, sí tenían competencia, como la tienen hoy, para definir la situación de las mercancías introducidas ilegalmente al país, a través de las sanción administrativa del decomiso.

Por lo anterior, señala que las disposiciones contenidas en los artículos 15 al 21 de la Ley 383 de 1993, no conllevan a la ambigüedad del proceso penal y administrativo, y por el contrario, respetan los cánones constitucionales y legales que rigen el debido proceso.

En cuanto al decomiso administrativo aduanero, el comiso o comiso penal, y la extinción de dominio, señala que es necesario aclarar que las disposiciones a que se refieren las normas aquí demandadas, no están regulando aspectos relacionados con el decomiso aduanero y para ello basta confrontar su contenido, donde en ninguno de sus apartes se hace referencia al mismo.

En cuanto al cargo de violación, según el cual el decomiso se equipara a la extinción de dominio, la funcionaria de Impuestos y Aduanas hace las siguientes precisiones:

En primer término, el artículo 34 de la Carta Política y la Ley 333 de 1996, establecen la extinción de dominio como pena aplicable al delito de enriquecimiento ilícito, que será decretada mediante sentencia judicial dentro de un proceso penal, mientras que el artículo 340 del C.P.P. autoriza la misma sanción para el mismo delito, señalando que esta medida recaerá sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, las cuales están definidas en el C.P.P., en la Ley 333 de 1996 y en el Estatuto Nacional de Estupefacientes. Para estas conductas,

aduce que independientemente de las sanciones administrativas aduaneras, se señalan penas privativas de la libertad y multas.

Por lo anterior, considera que el decomiso no está regulado por las normas acusadas ni corresponde a una sanción penal, sino que se trata de una sanción eminentemente administrativa. La finalidad del decomiso administrativo aduanero, aduce la funcionaria, se ha orientado a lograr el cumplimiento voluntario de las obligaciones aduaneras derivadas de la importación de mercancías al país, mientras que el decomiso en materia penal persigue la extinción de dominio del derecho de propiedad sobre los bienes en favor del Estado, como pena represiva del delito.

Tampoco constituye una modificación al régimen de aduanas, como se expuso anteriormente, puesto que la ley tiene el carácter de ordinaria, subordinada a los mandatos constitucionales y legales en cuanto al proceso de su expedición, pero no a los lineamientos generales de las leyes marco.

Y finaliza su intervención señalando que la aplicación de las penas de prisión, arresto y multa a que se refieren las normas demandadas, no se originan en el proceso administrativo de cobro coactivo que autoriza a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para hacer efectivo el pago de deudas contenidas en actos administrativos, sino que se derivan de la comisión del ilícito; mediante estos procesos aduaneros, entonces es posible determinar el valor real que debe pagarse como resultado de una operación de importación, según la clase de mercancías, en cuyo caso estas constituyen una garantía para el pago de los gravámenes aduaneros y para ello están previstas las sanciones administrativas aduaneras que son diferentes a las acciones tendientes a castigar las conductas penalizadas por la ley.

4.4 La ciudadana María Patricia Ríos Restrepo presentó dentro del término legal, escrito defendiendo la constitucionalidad del numeral 1o. del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, y del literal a) del inciso primero del artículo 7° de la Ley 56 de 1981, argumentando que frente a los cargos indicados por el actor Carlos Farfán Patiño, es necesario analizar la especialidad de la Ley 56 de 1981, frente a la Ley 14 de 1983 y la reciente sentencia C-486 de 1997 de la Corte Constitucional, para lo cual alude a los tres criterios que la doctrina ha señalado para resolver las antinomias o incompatibilidades de normas jurídicas, tales como el cronológico, el jerárquico y el de especialidad, indicando que de aplicarse el primero, la ley posterior prevalecería sobre la anterior y de aplicarse el segundo, la norma superior abroga a la inferior que no es apta para establecer un mandato que contraríe la voluntad del órgano superior. Por el criterio de especialidad frente a dos normas incompatibles, una general y una especial, prevalece la primera sobre la segunda.

Considera sin embargo, que en este caso existiría un conflicto entre los dos criterio restantes, ya que de aplicar el cronológico, prevalecería la Ley 14 de 1983, y de aplicar el de especialidad, prevalecería la Ley 56. Frente a ello, se hace necesario acoger el criterio de la doctrina al recoger una regla de hermenéutica que indica que la ley general posterior no elimina la ley especial anterior.

Analizado el contenido y materia de las Leyes 56 de 1981 y 14 de 1983, indica que está última norma, que fue concebida para la generación eléctrica, es claramente especial, ya que la regla general está dada por lo regulado por la Ley 56 al establecer que el impuesto de industria y comercio recaerá sobre las actividades industriales, comerciales y de servicio realizadas en cada jurisdicción municipal, y la regla especial estaría dada por la mencionada Ley 14, al señalar que para el caso de actividades de generación eléctrica, la proporción de distribución entre los distintos municipios sujetos activos, será determinada por el Gobierno Nacional.

Indica que simultáneamente y frente a las demás actividades, se aplica la regla general, sin que pueda predicarse una derogación por ser contrarias, dado que precisamente, el ámbito de aplicación de la una es más restringido que el de la otra, y opera el principio de especialidad indicado. Citando algunos apartes la sentencia C-486 de 1996, por la que se declaró exequible el literal a) del artículo 7 de la Ley 56 de 1981, considera que según esta providencia, la norma está vigente, y lo que hace es separar las actividades y las grava con el impuesto de industria y comercio, quedando la actividad de generación gravada con el impuesto, de acuerdo con lo estipulado en esta norma.

Así mismo, afirma que en diferentes fallos del Consejo de Estado, se ha establecido que las electrificadoras deben pagar el impuesto de Industria y Comercio de acuerdo con lo estipulado en la Ley 14 de 1983. Pero aclara que estas electrificadoras no tienen plantas generadoras, y por lo tanto no realizan la actividad de generación de energía, sino solo la comercialización de la energía que compran a las diferentes empresas del país.

Estas razones sirven de fundamento a la interviniente para solicitar la declaratoria de exequibilidad del numeral 1 del artículo 51 de la Ley 383 de 1997 y se inhiba para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 56 de 1981 que ya fue declarado exequible mediante la sentencia No. C-486 de 1997 emanada de esta Corporación.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Mediante oficio No. 1437 del 26 de noviembre de 1997, el señor Procurador General de la Nación rindió concepto dentro del término legal, solicitando a esta Corporación declarar, en relación con la Ley 383 de 1997: 1o.) la constitucionalidad de los artículos 15 a 19 y el numeral 1o. del artículo 51; 2o.) la constitucionalidad de los artículos 20 y 21, bajo el entendido de que las autoridades administrativas no podrán declarar el decomiso cuando los hechos tienen carácter delictivo, y por ende su investigación compete a la autoridad judicial, y 3o.) la inhibición para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 7o. literal a) de la Ley 56 de 1981, por cuanto la Corte declaró exequible el contenido de esta disposición.

Advierte el Jefe del Ministerio Público, que el decomiso y la extinción de dominio guardan entre sí un principio de identidad, pues ambas instituciones son mecanismos por medio de los cuales la autoridad sustrae los bienes destinados o procedentes del hecho ilícito del ámbito de disposición del infractor, los cuales pasan a hacer parte del patrimonio del Estado, pero no por ello puede afirmarse que el decomiso deba regirse por los dictados del artículo 34 constitucional. Este precepto regula la pérdida de los bienes cuando estos han sido adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, pero nada dice en relación con los bienes que han servido posteriormente para cometer un hecho tenido como ilícito por el ordenamiento jurídico, como sucede con los bienes con los que se comete el contrabando.

Agrega el citado funcionario, que el decomiso a que se refieren los artículos acusados, no se rige por los postulados del artículo 34 superior, siendo así que puede ser efectuado por autoridades administrativas. Dicho precepto permite mediante sentencia judicial, extinguir el dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito; sin embargo, la posibilidad de extinguir el dominio no se limita a los eventos señalados en el artículo *ibidem,* pues el artículo 58 constitucional también permite extinguir el dominio cuando el derecho se ejerce desconociendo que la propiedad es una función social que implica obligaciones. Destaca que la extinción del dominio es una respuesta del Estado a un problema originado en

la forma de adquisición del bien, mientras que la extinción fundada en el artículo 58 *ibidem* es una respuesta al uso o disfrute indebido del derecho de propiedad (sentencia C-389 de 1994, Corte Constitucional).

En este sentido, expresa el Jefe del Ministerio Público que la exigencia de una decisión judicial como presupuesto para la extinción del dominio sólo se predica de aquellos casos en los que la fuente de la titularidad del derecho es un ilícito, por consiguiente en las demás hipótesis no existe reserva judicial alguna y las autoridades administrativas pueden ordenar la extinción de bienes. De ello se infiere que la potestad sancionatoria del Estado no se reduce a la imposición de penas o medidas de seguridad, sino que también hay otras formas de respuesta como el decomiso de bienes (que corresponde a una sanción administrativa a quienes violan las normas sobre introducción de mercancías al territorio nacional) como consecuencia de faltas administrativas, caso en el cual las sanciones pueden ser las multas, la destitución de un funcionario, etc. Igualmente, no existe ninguna disposición que prohíba el decomiso de bienes como mecanismo para sancionar las faltas administrativas.

De otro lado, señala el señor Procurador que en relación con el cargo formulado contra los artículos 15 a 21 de la Ley 383 de 1997, según el cual al ser los temas relacionados con el régimen de aduanas materia de ley marco, compete exclusivamente al Ejecutivo adoptar las disposiciones sobre dicho tema, estando vedado al Congreso variar la legislación existente por medio de una ley ordinaria, este no es viable, ya que no obstante la habilitación al Gobierno para reglamentar aquellos aspectos atinentes a aranceles, tarifas y demás elementos de orden aduanero, todo ello se circunscribe al ámbito de la política comercial, la cual corresponde desarrollar al Congreso. Por ende, las previsiones ajenas a los elementos típicamente comerciales del expediente aduanero, tal como acontece con la determinación de penalizar el contrabando, son del resorte exclusivo del legislador, razón por la cual el cargo es infundado.

Por su parte, en cuanto a la violación del principio de unidad de materia, afirma el concepto fiscal que la Ley 383 de 1997 contiene previsiones referentes a temas aduaneros y tributarios, aunque según afirma, puede verificarse, según los antecedentes de la ley, que la materia objeto de regulación es una misma, "en tanto un único propósito orienta la expedición de reglas aparentemente disociadas". Por lo tanto, los preceptos relativos a la persecución y sanción del contrabando no transgreden el principio de unidad de materia en relación con la ley *ibidem,* titulada "por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones".

En cuanto hace a la impugnación relacionada con la pena de prisión que se impone por el delito de contrabando, sostiene el mencionado funcionario, que ello es consecuencia derivada de la infracción al orden jurídico, y no del incumplimiento de una deuda en dinero, por lo que no se contradice el mandato contenido en el artículo 28 de la Constitución.

Respecto a la acusación según la cual a partir de la coexistencia del tratamiento penal y administrativo de la conducta descrita como contrabando se viola el principio superior del *non bis in idem,* señala que teniendo en consideración que los supuestos que dan lugar a la actuación administrativa y a la intervención jurisdiccional penal se encuentran claramente diferenciados en las normas legales, resulta obvio, a su juicio, que jamás podrían ser concurrentes los aludidos procesos administrativo y penal, pues los bienes involucrados en la infracción no pueden valer a la vez, "más y menos de mil salarios mínimos mensuales vigentes"; de modo que no se puede alegar la violación del citado principio. Por lo mismo, señala que habrá de entenderse que

cuando el parágrafo segundo del artículo 15 de la Ley 383 de 1997 expresa "sean sancionados administrativamente", y el artículo 16 manifiesta "sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar", el legislador quiso decir que se hayan previsto los hechos como faltas administrativas, y no que efectivamente se hayan impuesto las sanciones correspondientes, pues ello sí entrañaría una flagrante violación al derecho al debido proceso.

De otro lado, afirma el Procurador, que teniendo en cuenta que el legislador previó dos trámites distintos para perseguir las conductas relacionadas con el contrabando, uno administrativo y otro jurisdiccional dependiendo de la cuantía, las facultades atinentes a la aprehensión, carácter, valor aduanero, decomiso y disposición sobre los bienes involucrados en el contrabando, deben corresponder por igual a las autoridades administrativas y a los jueces. Además, sería contrario a aquellos preceptos constitucionales que defienden la autonomía de los jueces y que aun dentro del proceso jurisdiccional fuera la autoridad administrativa la encargada de tomar las determinaciones concernientes a los bienes, de modo que los artículos 20 y 21 acusados sólo serán ajustados al ordenamiento superior siempre y cuando se apliquen exclusivamente al trámite administrativo, quedando a salvo la potestad de los jueces de decidir sobre los bienes producto del contrabando, en los procesos de su competencia.

Con respecto al cargo según el cual "la deducción de responsabilidad de los comerciantes minoristas que no presenten relación de las mercancías sobre las cuales no se pueda acreditar su legal introducción o permanencia dentro del territorio nacional, prevista en el parágrafo transitorio del artículo 16, ello comporta una violación al postulado de la buena fe y un atentado contra el derecho al trabajo y la libre escogencia de profesión u oficio, cuando la adquisición de bienes producto del contrabando para su posterior comercialización opera dentro del libre juego de la oferta y la demanda", señala que la libertad de trabajo y de escoger profesión u oficio se entienden supeditadas al marco de la legalidad, y los particulares pueden ejercitarlas siempre y cuando las conductas por medio de las cuales aquellas se concretan no se encuentren expresamente prohibidas por las normas, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 6o. superior, según el cual los particulares sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes, de modo que difícilmente se puede alegar la libertad de trabajo en relación con una conducta prohibida como el contrabando.

En cuanto a la presunta violación de los derechos de los minoristas, sostiene el Jefe del Ministerio Público que el propósito de la norma (art. 16 parágrafo transitorio), es dotar a los comerciantes de la posibilidad de declarar aquellos bienes cuya legal introducción o permanencia al territorio nacional no ha podido ser acreditada, por lo que la disposición consagra un mecanismo para el saneamiento de tales mercancías como medida favorable a los minoristas.

Por su parte, respecto de la acusación contra el numeral 1° del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, señala que ésta se limita a establecer una remisión a otro ordenamiento legal, por lo que no comporta lesividad contra el estatuto fundamental; y en cuanto al artículo 7o. de la Ley 56 de 1981, afirma que existe ya un pronunciamiento de la Corte Constitucional que declaró exequibles las mismas expresiones ahora demandadas (sentencia No. C-486 de 1997), por lo que se configura respecto de esta norma el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Sobre los demás aspectos contenidos en dicho precepto, no existe a su juicio un concepto de violación autónomo que justifique un pronunciamiento por parte de ese despacho, pues falta el requisito contemplado en el artículo 2° numeral 3° del Decreto 2067 de 1991.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente en relación con las demandas que en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se formularon contra la Ley 383 de 1997, artículos 15 a 21, y 51 numeral 1, y contra el artículo 7° de la Ley 56 de 1981.

Determinada la competencia de la Corporación para resolver acerca de las demandas instauradas contra algunas de las disposiciones de la Ley 383 de 1997, se proceden a resolver los diferentes cargos formulados por los actores contra los artículos 15 a 21, y 51 de esta ley.

Antecedentes de orden legislativo sobre la penalización del contrabando y la evasión

La Ley 383 de 1997 tuvo como objetivo fundamental, obtener herramientas que le permitan al Gobierno Nacional luchar de manera frontal contra dos de los problemas que más afectan la situación económica de las finanzas de la Nación, como son la evasión y el contrabando, buscando además de controlar estos fenómenos, obtener recursos adicionales de imperiosa necesidad para su adecuado y correcto funcionamiento.

Para justificar el proyecto que culminó con la aprobación de la Ley 383 de 1997, y particularmente en relación con la penalización del contrabando y la evasión, el Gobierno Nacional consignó en la exposición de motivos, lo siguiente:

> *"Las finanzas del gobierno nacional en 1996, muestran un significativo deterioro en relación con lo programado en el plan financiero aprobado por el Confis a principios del año (...). El acentuamiento del déficit fiscal radicó principalmente en los bajos recaudos por concepto del IVA externo, pues de un crecimiento del 12.3% que se tenía presupuestado, sólo se logró el 1%.*
>
> ...
>
> *El fenómeno de la evasión es uno de los factores que más inciden en forma desfavorable sobre los ingresos de la Nación (...). La decisión de evadir o no el pago de los tributos está relacionada con el nivel de riesgo que presente dicha actividad, así como con el análisis que el destinatario de las normas realice sobre las posibilidades de la administración tributaria de detectar la evasión y también de la utilización de los diferentes vacíos normativos, que continuamente el Gobierno y el Congreso pretenden cerrar a través de las respectivas normas, dándole mayor transparencia al sistema.*
>
> *Las medidas adoptadas relacionadas con la planeación, son insuficientes frente a las necesidades que el área de determinación tiene para ser más eficiente y eficaz en la lucha contra el flagelo de la evasión y del contrabando (...).*
>
> *La lucha contra el contrabando se ha convertido en uno de los más difíciles retos que ha enfrentado la actual administración. Dada la variedad de causas determinantes de dicha conducta, tales como la cultura de la ilegalidad (...), el lavado de activos provenientes de actividades ilícitas, que han encontrado en el contrabando el mecanismo ilegal para introducir dineros producto del tráfico ilícito de drogas, y el hecho mismo de obtener lucro con el no pago de tributos, las medidas que se han venido adoptando definitivamente se han quedado cortas por las limitadas posibilidades que la normatividad ofrece en la actualidad (...).*

Si bien se ha venido atacando dicho fenómeno, con grandes esfuerzos administrativos y poniendo la fuerza pública a disposición de la DIAN, el problema persiste y debe ser enfrentado con herramientas normativas más poderosas que mejoren las posibilidades de acción de la entidad.

...

Penalización.

La doctrina moderna coincide en señalar que el incumplimiento de las obligaciones fiscales es un ataque al normal desenvolvimiento de la acción estatal, que obliga a no permanecer indiferentes a tal ataque. Por ello, el verdadero interés de la comunidad en general es que el gobierno de turno cuente con los recursos suficientes para que materialice los derechos individuales y sociales.

Son variados los juicios de valor que se realizan al momento de optar por elevar a la categoría de delito determinadas conductas evasivas del cumplimiento de las normas tributarias y aduaneras. Los altos niveles de incumplimiento de las obligaciones que se pretenden sancionar y el convencimiento de que una sanción más drástica tendrá un efecto disuasivo en el cumplimiento de los deberes para con el fisco, son algunos de los argumentos que se esgrimen para la aprobación de medidas tendientes a privar de la libertad a los infractores.

...

La evasión tributaria y el contrabando deben considerarse defraudaciones fiscales que lesionan gravemente la economía nacional, la competencia leal entre los diferentes agentes, las transacciones comerciales, el comercio internacional, el régimen cambiario, la política laboral y la industria nacional, vinculándose en varias oportunidades con otros delitos como el cohecho, la concusión y la falsedad documental.

Los bienes vulnerados son colectivos y supraindividuales; el orden público económico se transgrede con el incumplimiento del pago de los tributos internos y externos, razón por la cual merece una categorización más drástica que la simple contravención.

...

El contrabando abierto es elevado a la categoría delictual, con penas que van entre los 20 meses y los 8 años de arresto y su facilitación mediante conductas necesarias de 6 a 24 meses. El contrabando técnico es castigado con la multa equivalente a 20 veces lo dejado de declarar".

Del mismo modo, en la Ponencia para Primer Debate en la Cámara de Representantes al citado proyecto de ley[1], se indicó como fundamento para la aprobación de las normas que penalizan las conductas del contrabando y la evasión:

"Como resultado de este concienzudo análisis, se encuentra que los diferentes temas sometidos a aprobación, relacionados con las medidas de fortalecimiento de la lucha contra la evasión y el contrabando, incluyendo la penalización de estas conductas (...), demuestran la necesidad de esta reforma, ya que es necesario que la administración tributaria colombiana cuente con mejores herramientas, que le permitan luchar contra fenómenos que, como la

[1] Gaceta del Congreso No. 177 del 30 de mayo de 1997.

evasión y el contrabando, inciden de manera negativa sobre los ingresos de la Nación, y afectan la libre competencia en términos de lealtad e igualdad entre los diferentes agentes económicos".

Así mismo, en la Ponencia para Segundo Debate en el Senado de la República[2], se expresó sobre el particular, lo siguiente:

> *"Los suscritos ponentes (siguiendo las sugerencias presentadas por dos distintos gremios) comparten la decisión adoptada en las Comisiones Terceras del Congreso, toda vez que se encuentra plenamente justificada.*
>
> *Es así como la figura de la penalización del contrabando, extendida incluso a los funcionarios que lo favorezcan, permitirá luchar efectivamente contra este hecho que ha afectado la economía nacional y el comercio internacional.*
>
> *Las penas previstas en las normas aprobadas deberán producir un efecto disuasivo en los posibles infractores, acerca de que es mejor cumplir con la legislación aduanera, que continuar incurriendo en su conducta antisocial".*

Examen de los cargos

Primer cargo. Violación del principio non bis in idem por la existencia de una doble sanción, penal y administrativa, por la comisión del delito de contrabando.

En criterio de uno de los demandantes, los artículos 15 y 16 de la Ley 383 de 1997 vulneran el principio constitucional *"non bis in idem"* consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, pues en su criterio las infracciones aduaneras de contrabando están sancionadas administrativamente, por lo que no es posible establecer una nueva sanción coexistente con aquella, pues ello equivale a una doble sanción por el mismo hecho.

Según lo previsto en el artículo 15 acusado, se considera como hecho punible introducir o sacar bienes del territorio nacional sin declararlos o presentarlos ante la autoridad aduanera, o por lugar no habilitado o sin los documentos soporte de la operación de comercio exterior, lo cual genera para el sujeto activo, una pena de prisión de tres a seis años, y una multa equivalente al 200% del valor CIF de los bienes involucrados.

Por su parte, el artículo 16 *ibidem* establece que quien en cuantía superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio nacional sin haber sido declarada, o sin haber sido presentada ante la autoridad aduanera, o ingresada por lugar no habilitado, o sin los documentos de soporte, incurrirá en pena de arresto de 6 a 24 meses, y multa de 100 a 500 salarios mínimos. En ambas disposiciones se prevén causales eximentes de responsabilidad, que permiten que al inculpado no se le apliquen las penas allí previstas.

Observa la Corte que, en cuanto a la tipicidad de los hechos punibles creados en los preceptos *sub examine,* tanto el contrabando como su favorecimiento establecen en forma clara, expresa y categórica los sujetos activo y pasivo del delito; la conducta antijurídica y el objeto del tipo penal (es decir, el interés que el Estado busca proteger), razón por la cual por este aspecto, no está ausente ningún elemento que desvirtúe la garantía propia de los hechos punibles creados por los artículos demandados, e inequívocamente definidos y determinados.

Ahora bien, según los antecedentes legislativos de la Ley 383 de 1997[3] ya citados, que motivaron la penalización de las conductas descritas en los preceptos materia de examen, "era

---

[2] Gaceta del Congreso No. 207 del 13 de junio de 1997.

[3] Gaceta del Congreso No. 109 de 1997.

necesario enfrentar de raíz los problemas de la evasión y el contrabando, que acentuaban día a día y en forma grave el déficit fiscal y reducían considerablemente los ingresos de la Nación, con mecanismos de control y represión, severos y radicales, tales como: la implementación de instrumentos ágiles para detectar fraudes en contra del erario, de forma tal que la administración cuente con los mecanismos idóneos para determinar la situación fiscal, y de otro lado, en el ámbito represivo, la tipificación de conductas que afectan gravemente el erario, como el contrabando, así como la responsabilidad penal que se deriva de no consignar las retenciones en la fuente y el IVA".

Así pues, cabe destacar que los preceptos sometidos al examen constitucional, generan dos consecuencias diferentes para quienes incurren en los hechos allí previstos: una, referente a la sanción administrativa aduanera, y otra, que se deriva de la anterior, esto es, la pena de prisión o arresto por la conducta antijurídica.

En relación con la determinación e imposición de la sanción administrativa, que corresponde a la multa, y a otras consecuencias de ese orden, su competencia radica exclusivamente en cabeza de los funcionarios de la DIAN, tal como lo disponen los artículos 15 y 16 de la Ley 383 de 1997, así como el artículo 2o. del Decreto 1693 del 17 de junio del mismo año, según el cual,

> *"A la DIAN le competen las siguientes funciones:*
>
> *(...) la dirección y administración de la gestión aduanera, incluyendo la aprehensión, decomiso o declaración en abandono a favor de la Nación de mercancías y su administración y disposición".*

En este mismo sentido, el Decreto 1909 de 1992 preceptúa que:

> *"La obligación aduanera surge por la introducción de mercancías de procedencia extranjera en el territorio nacional y comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos a que hubiere lugar y la imposición de las sanciones de rigor (art. 2o.)".*

En el mismo decreto se establece el procedimiento que debe seguirse para imponer la sanción de multa cuando la mercancía no ha sido declarada, etc., incluyendo la "aprehensión y el decomiso" Por su parte, entratándose de la exportación de mercancías, el Decreto 2666 de 1984 regula su procedimiento, y la entidad competente para vigilar y controlar el cumplimiento de los requisitos y demás formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico.

En relación con la observancia del debido proceso y la garantía del derecho de defensa en la aplicación de las sanciones administrativas por parte de la DIAN, el artículo 1° del Decreto 1800 de 1994 dispone:

> *"Surtidos todos los trámites de aprehensión, reconocimiento y avalúo de la mercancía, la División de Fiscalización en el término de (1) mes formulará el correspondiente pliego de cargos al declarante, al tenedor, a quien tenga derecho sobre la mercancía y/o a la empresa transportadora, según el caso. A su turno, el destinatario podrá presentar los respectivos descargos dentro del mes siguiente a la fecha de notificación del mencionado pliego.*
>
> *Recibidos los descargos o cumplido el término otorgado para el efecto, la Administración, a través de la División de Liquidación o de quien haga sus veces, dispondrá de tres (3) meses, prorrogables por una sola vez y hasta por el mismo término, para decidir la situación jurídica de las mercancías.*
>
> *Contra el respectivo acto administrativo sólo procederá el recurso de reconsideración, el cual deberá interponerse dentro del mes siguiente a la fecha de su notificación. La*

Administración contará con tres (3) meses para resolver dicho recurso a través de la División Jurídica o de quien haga sus veces".

Agrega que la disposición contenida en el artículo 20 de la Ley 383 de 1997, no constituye una creación o asignación de funciones mediante la citada ley al Ejecutivo, sino una ratificación de la competencia que en materia aduanera le está atribuida constitucionalmente.

De esta manera, resulta claro que la imposición de las multas, la aprehensión o el decomiso de las mercancías corresponden a un procedimiento administrativo, que por disposición del legislador, lo cual en ningún momento implica inmiscuirse en el proceso penal que pueda surgir como consecuencia de la situación fáctica descrita en los artículos *sub examine.*

Por el contrario, cuando de dicha conducta se deriva la comisión del delito de contrabando, por expreso mandato constitucional (art. 116) y legal (arts. 15 y 16 de la Ley 383 de 1997), son los funcionarios judiciales quienes están investidos de la potestad de imponer la pena de prisión o arresto, previo el adelantamiento del respectivo proceso, que se inicia con la etapa de investigación y culmina con la expedición de la sentencia judicial.

De ahí que, el proceso administrativo es independiente del juicio penal, de manera que el trámite y decisión de uno y otro corresponden a autoridades diferentes. Por consiguiente, frente a la configuración de los hechos punibles relacionados en las normas acusadas, el funcionario administrativo o la autoridad aduanera están en la obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial (art. 25 CPP.) para los efectos de imponer las sanciones penales a que haya lugar, mediante la sentencia respectiva.

Así pues, el ámbito de competencias de las mencionadas autoridades, es decir, de las administrativa de un lado, y la judicial del otro, en relación con las faltas cometidas, para la aplicación de las respectivas sanciones, es totalmente diferente, sin perjuicio de que el funcionario administrativo pueda remitir las diligencias procesales al funcionario judicial competente, a fin de determinar la responsabilidad penal del comerciante inculpado, que en el evento de su exoneración, puede ejercer las acciones encaminadas a la reparación directa por los perjuicios que haya sufrido, consagradas en las normas vigentes.

Por lo anteriormente expresado, estima la Corte que no existe vulneración alguna al derecho fundamental al debido proceso, consagrado por el artículo 29 de la Carta Política, ni violación al principio según el cual se prohibe juzgar a una misma persona dos veces por el mismo hecho, ya que con fundamento en los criterios expuestos, resulta evidente la diferencia entre la sanción administrativa producto del quebranto de las normas aduaneras y tributarias que exigen el cumplimiento de las formalidades y requisitos para el ingreso o egreso de mercancías y bienes al territorio nacional, encaminadas a la defensa de la economía nacional, y las consecuencias jurídico penales que se derivan de la conducta punible, que implican para quien incurre en el hecho delictivo, la sanción penal que debe ser impuesta por la autoridad judicial competente, previa la observancia del debido proceso y del derecho de defensa, tanto en las actuaciones administrativas como en las judiciales.

No debe olvidarse que esta Corporación ha reconocido la prohibición de que frente a conductas calificadas como faltas por el legislador, se establezcan, además de la sanción administrativa por parte del funcionario competente, la de carácter penal por parte del Juez. Ello ha ocurrido en los casos de conductas que dan lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias que aplica la entidad administrativa, sin perjuicio de la sanción penal por parte del funcionario judicial y sin que ello equivalga a la violación del principio *non bis in idem.*

En cuanto a la imposición de sanciones a cargo de los funcionarios judiciales y a la facultad del legislador para establecer diversas modalidades de sanción por la comisión de un hecho punible, sostuvo esta Corporación en la sentencia No. C-628 de 1996, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, lo siguiente:

> *"Es bien sabido que frente a determinados comportamientos humanos que lesionan intereses sociales relacionados con la existencia, conservación, seguridad y bienestar de los miembros de la colectividad, el legislador ha diseñado una estructura jurídica tendiente a reprimir tales hechos y conductas delictivas, castigando con sanciones la violación de los preceptos legales.*
>
> *Dada la gravedad de la ofensa que el hecho delictuoso acarrea, se han previsto en la legislación penal sanciones rigurosas, impuestas por funcionarios de la rama judicial que administran justicia una vez se tramita el respectivo proceso.*
>
> *El delito se considera como la conducta típica, antijurídica y culpable para la cual el legislador ha determinado una sanción penal. Así pues, cuando aparece procesalmente demostrado que una persona realizó dicha conducta delictiva, debe el juez declarar la responsabilidad respectiva e imponerle la sanción penal correspondiente.*
>
> *De esta manera, no tendría fundamento que se describan modelos de conducta humana para proteger determinados intereses jurídicos y se establezcan medidas punitivas para quien los vulnere, si la efectiva realización de tales hechos no se traduzca en una ineludible imposición de la sanción enunciada.*
>
> *La pena implica entonces, la eliminación o disminución de un derecho fundamental de la persona encontrada responsable de la infracción penal (vida, libertad, patrimonio, etc.). Su función es de carácter retributivo, preventivo, protector y resocializador.*
>
> *El estatuto penal ha previsto dos modalidades de penas o sanciones: 1) las privativas del derecho a la libertad -la prisión y el arresto-, y 2) las que recaen sobre el patrimonio económico, dentro de la cual el legislador ha previsto la multa, que se concreta en la exigencia al condenado de cancelar una determinada suma de dinero en favor del Estado.*
>
> ...
>
> *Así entonces, la consagración de penas y sanciones constituye una competencia propia del legislador que, en principio es libre para asignar diferentes consecuencias negativas a los comportamientos que considera reprochables e injurídicos, de acuerdo con criterios de proporcionalidad".*

Finalmente, y como lo expresó el concepto fiscal, teniendo en consideración que los supuestos que dan lugar a la actuación administrativa y a la intervención jurisdiccional penal se encuentran claramente diferenciados, resulta obvio que jamás pueden ser concurrentes, de manera que los aludidos procesos administrativo y penal, son independientes, y no configuran por consiguiente, la violación del principio constitucional *"non bis in idem"*.

Por lo anterior, el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo Cargo. Exigencia de una decisión judicial para la declaratoria del decomiso - Incompetencia para ordenar la extinción de bienes por parte de los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Según lo señala uno de los intervinientes, los artículos 20 y 21 de la Ley 383 de 1997 violan la Constitución porque atribuyen una competencia eminentemente judicial a una institución de

la administración pública. A su juicio, todo decomiso es competencia exclusiva del juez y no de la administración, razón por la cual los artículos demandados resultan inconstitucionales. Además, agrega que la declaratoria de extinción del dominio o del decomiso la hace el juez a través de una sentencia que extinga o retire la propiedad por su irregular situación aduanera y la traslade al Estado, y no como lo disponen los citados preceptos, por medio de un proceso administrativo y por funcionarios de la administración pública.

Finalmente, según el demandante, la falta administrativa, consistente en no legalizar la mercancía, no puede originar una pérdida de la propiedad por la vía del decomiso o de la extinción del dominio, que constituye una pena que debe ser impuesta por un juez.

De conformidad con lo establecido por el artículo 20 de la Ley 383 de 1997, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tiene a su cargo la responsabilidad en la aprehensión, carácter, valor aduanero, decomiso y disposición de las mercancías. Mientras que según el artículo 21 *ibidem,* los recursos provenientes de la venta o remate de las mercancías abandonadas o decomisadas por la autoridad aduanera, se invertirán en la lucha contra la evasión o el contrabando. Y es el mismo encabezamiento del artículo 20, el que establece el objeto y la finalidad de la norma: "Definición de la situación jurídica de las mercancías". La cual corresponde, como se estatuye en el precepto, a la autoridad administrativa aduanera.

A fin de resolver el cargo formulado, estima la Corte pertinente examinar ambas instituciones, es decir, la extinción del dominio y el decomiso, así como sus características y diferencias.

Según el mandato constitucional contenido en el artículo 34, la extinción del dominio debe ser decretada por un juez, previo el agotamiento del respectivo proceso y mediante sentencia judicial, al quedar configurado el enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

Al respecto, sostuvo la Corte en la sentencia No. C-374 de 1997, cuyos contenidos se prohijan en esta oportunidad, que:

> *"La extinción del dominio, como de lo dicho resulta, es una institución autónoma, de estirpe constitucional, de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa, mediante sentencia, que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna.*
>
> *No se trata de una sanción penal, pues el ámbito de la extinción del dominio es mucho más amplio que el de la represión y castigo del delito. Su objeto no estriba simplemente en la imposición de la pena al delincuente, sino en la privación del reconocimiento jurídico a la propiedad lograda en contravía de los postulados básicos proclamados por la organización social, no solamente mediante el delito sino a través del aprovechamiento indebido del patrimonio público o a partir de conductas que la moral social proscribe, aunque el respectivo comportamiento no haya sido contemplado como delictivo ni se le haya señalado una pena privativa de la libertad o de otra índole. Será*

el legislador el que defina el tipo de conductas en las cuales se concretan los tres géneros de actuaciones enunciadas en el mandato constitucional.

La figura contemplada en el inciso 2° del artículo 34 de la Constitución debe entenderse en armonía con la integridad del sistema jurídico que se funda en ella.

El derecho de propiedad que la Constitución garantiza en su artículo 58 es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social.

Nadie puede exigir garantía ni respeto a su propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad.

...

Y es que el carácter de la extinción del dominio es exclusivamente patrimonial y constituye una consecuencia no penal sino económica de los actos imputables a una persona".

Ahora bien, según el Diccionario de la Lengua, el decomiso equivale a "comiso", y éste, a su vez, a "pena de perdimiento de la cosa, en que incurre el que comercia en géneros prohibidos" y también "pérdida del que contraviene algún contrato en que se estipuló esta pena"

Conforme con la anterior definición, el Diccionario de Jurisprudencia y Legislación, señala que el decomiso o comiso se usa para designar "la pena de perdimiento de la cosa en que incurre el que comercia en géneros prohibidos", así como "también en permitidos, pero faltando a los documentos prevenidos por las leyes, como las guías, o faltando la fidelidad en ellos, o defraudando los derechos".

En el Diccionario de la Administración Española, Martínez Alcubilla afirma que, comiso es la "pena de perdimiento de alguna cosa, o del género en que se trafica con infracción de las leyes fiscales, o de las caballerías, carruajes o buques donde se transporten o hallaren efectos de contrabando, en ciertos casos, o de los instrumentos que provengan de un delito o falta, o de los instrumentos con que se ejecuta".

Igualmente, en el Tratado de Derecho Penal de Zaffaroni, se afirma que "de fundamental importancia es tener en cuenta que el decomiso o comiso se trata de una pena que generalmente tiene carácter pecuniario, no restándoselo la circunstancia de que eventualmente pueda recaer sobre objetos que están fuera del comercio. Dado su carácter pecuniario debe ser cuidadosamente distinguida de la confiscación, que se halla expresamente prohibida por la Constitución Nacional. La diferencia resulta clara porque la confiscación tiene carácter general, en tanto que el decomiso recae sobre cosas en particular".

El decomiso aduanero constituye una herramienta de aplicación inmediata, de carácter efectivo en la lucha contra la evasión y el contrabando, con el fin de evitar que se lesione gravemente la economía nacional, así como la competencia leal, lo cual garantiza la prevalencia de los bienes colectivos y supraindividuales. No resulta extraño que el lavado de activos y el tráfico ilícito de drogas hayan encontrado en el contrabando, como lo asevera en la exposición de motivos, un mecanismo ilegal para introducir dineros producto de actividades ilícitas.

La regulación del decomiso como medida inmediata de carácter administrativo, y su independencia con respecto al proceso penal, esta contemplada en los artículos 57, 67, 79, 80 y 81 del Decreto 1909 de 1992.

Cabe observar que en el mismo decreto se establecen los diversos mecanismos que le permiten garantizar al comerciante o persona afectada con la aprehensión o el decomiso de la mercancía la observancia del debido proceso y el respeto a sus derechos fundamentales.

Además, en cuanto a la definición jurídica de las mercancías importadas con violación a los reglamentos de aduanas e impuestos, dicho decreto por expreso mandato del legislador - facultado constitucionalmente para ello (C.P. arts. 150 y 189)-atribuye la competencia y responsabilidad a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional.

Así mismo, y según se desprende de los mandatos contenidos en los artículos 15 a 21 de la Ley 383 de 1997, la mercancía introducida al territorio nacional en forma irregular pasará a propiedad de la Nación, por abandono declarado mediante resolución administrativa aduanera, cuando dentro de los dos meses siguientes a su introducción al país no se haya hecho efectiva su legalización, por abandono voluntario, como consecuencia de la aprehensión efectuada por la autoridad aduanera, cuando existan restricciones legales respecto de las mercancías importadas, o cuando efectuada la aprehensión, por omisión de los requisitos exigidos para su legalización, se ordene mediante resolución motivada su decomiso.

Acerca de las diferencias existentes entre el decomiso y la extinción de dominio, ya esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse al examinar la constitucionalidad de la Ley 333 de 1996[4], al advertir que estas dos instituciones no son iguales. En efecto, al respecto se expresó:

> *"La figura de la extinción del dominio prevista en el inciso 2° del artículo 34 de la Constitución, no corresponde a una "constitucionalización" de los institutos legales conocidos como comiso e incautación de bienes, los cuales, sin perjuicio de aquélla, siguen cumpliendo, respecto de todo proceso penal, el objetivo que les es propio, tanto para la investigación correspondiente como en lo relacionado con el vínculo existente entre el ilícito y la destinación a él de cierto bien, o entre el delito y el provecho ilegítimo que de él podría derivarse. No se olvide que la extinción del dominio, según acaba de advertirse, no cobija toda clase de delitos, al paso que el decomiso y la incautación de bienes son aplicables en términos generales, como lo contemplan las normas procesales pertinentes, a un cúmulo de hechos punibles que escapan a la excepcional medida contemplada por el artículo 34, inciso 2, de la Constitución.*
>
> *Además, mientras el decomiso es una medida inmediata, adoptada por la autoridad que la ley indique sin necesidad del agotamiento de todo un proceso, precisamente por cuanto está concebida para servir a los fines del mismo, la extinción del dominio requiere, por expreso mandado constitucional, de sentencia judicial, previo el agotamiento del proceso, con todas las garantías previstas en el artículo 29 de la Carta.*

Mal puede afirmarse, entonces, que se trate de las mismas instituciones, menos con la atrevida pretensión del demandante, quien quiso corregir al Constituyente, para someterlo a las reglas del proceso penal instauradas por la ley" (cursivas y subrayas fuera de texto).

De lo anterior, se colige que, el decomiso no se encuentra regulado por las previsiones contenidas en el artículo 34 constitucional, pues se trata de una determinación administrativa, de carácter inmediato, que adopta la autoridad correspondiente como consecuencia de las situaciones fácticas establecidas en las normas demandadas, que no son propias de la extinción

---

[4] Corte Constitucional. Sentencia No. C-374 de 1997.

del dominio, y en consecuencia, no requieren de una sentencia judicial, sin perjuicio del trámite del proceso penal por la actividad delictiva que ello genera.

A diferencia de lo anterior, la extinción del dominio consagrada en el artículo 34 de la Carta Política, así como la expropiación regulada en el artículo 58 ibidem, exigen para su declaratoria de un pronunciamiento judicial.

Finalmente y con fundamento en la jurisprudencia mencionada, el carácter de la extinción del dominio es preferentemente patrimonial y constituye una conducta independiente de la infracción penal, frente a los hechos punibles imputables a la persona; mientras que el decomiso es una medida inmediata de carácter administrativo que no requiere "del agotamiento de todo un proceso, precisamente por cuanto está concebido para servir a los fines del mismo", en este caso, por expresa disposición del legislador ordinario (art. 20 de la Ley 383 de 1997), dicha autoridad es la "Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o la entidad que haga sus veces", sin perjuicio de la acción penal a que haya lugar frente a la comisión del hecho punible.

Por ello, la circunstancia de que la DIAN tenga legalmente la potestad de decomisar o determinar la aprehensión de la mercancía, no configura el desconocimiento del principio constitucional de la independencia judicial, toda vez que el proceso administrativo aduanero es diferente del jurisdiccional.

En síntesis, a los funcionarios judiciales corresponde como función principal, la administración de justicia, cuya potestad sancionadora se concreta en la imposición directa de penas como consecuencia de la comisión de un hecho punible, mediante sentencia judicial y previo el agotamiento del respectivo proceso; por el contrario, y siguiendo la jurisprudencia de esta Corte consignada en la sentencia No. C-214 de 1994 (MP. Doctor Antonio Barrera Carbonell), "la potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye a la realización de sus cometidos".

Como resultado de lo anterior, debe entenderse que una cosa es la potestad de imponer penas y medidas de seguridad frente a la existencia del hecho punible, y otra distinta, la facultad de la administración de decomisar y aprehender bienes y mercancías como consecuencia directa de una falta de índole administrativa, facultad ésta que no conlleva transgresión alguna del ordenamiento constitucional.

Así pues, como se ha indicado, resulta igualmente claro, que en el caso de las normas objeto de examen, se trata de dos procesos diferentes, autónomos e independientes: uno, el administrativo aduanero que adelanta por mandato legal, la Dirección de Impuestos y Aduanas, por el incumplimiento a las normas aduaneras y tributarias que regulan la importación de mercancías al territorio nacional, y otro el proceso jurisdiccional penal, que llevan a cabo las autoridades judiciales cuando de la actuación ilícita e ilegal se deriven consecuencias penales para el infractor.

Por consiguiente, el decomiso de bienes y mercancías a que hacen referencia los artículos 20 y 21 de la Ley 383 de 1997, corresponden al ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, con ocasión de la transgresión de las disposiciones que regulan la introducción de mercancías al país sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades previstas en las normas aduaneras y tributarias. Potestad ésta, que como se ha expresado, no corresponde a los funcionarios judiciales, por tratarse de situaciones que implican sanciones administrativas, sin

perjuicio de las penales que corresponden, estas últimas, a las autoridades judiciales, y no encajan, en consecuencia, dentro de las regulaciones previstas en el artículo 34 constitucional sobre extinción del dominio.

En razón de lo anterior, no encontrando la Corte vulneración en relación con los cargos formulados contra los artículos 20 y 21 de la Ley 383 de 1997, se declarará su exequibilidad.

Tercer Cargo. Violación del principio de unidad de materia.

En criterio de uno de los actores, las normas demandadas vulneran el artículo 158 de la Constitución, por cuanto no se refieren a una misma materia. Señala que en la Ley 383 de 1997 se incluyen disposiciones de índole aduanera y tributaria, lo que desconoce el mandato constitucional contenido en el citado precepto.

A fin de determinar la procedencia del cargo, conviene destacar que la Ley 383 se titula "por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones" Y para cumplir los fines y el objeto de la ley, como lo señalara el Gobierno Nacional en la exposición de motivos al proyecto presentado ante el Congreso, para ello se insiste en la necesidad de adoptar mecanismos de orden aduanero y tributario que ataquen en forma directa y eficaz el delito de contrabando.

De los antecedentes legislativos de esta normatividad, como lo sostuvo el concepto fiscal, se establece que la materia objeto de regulación es una misma, pues igual propósito orienta su expedición. En efecto, en la exposición de motivos, con respecto a la necesidad de dotar a la administración de mecanismos para erradicar el contrabando y la evasión, se señaló lo siguiente en la ponencia respectiva:

> *"... es necesario que la administración tributaria colombiana cuente con mejores herramientas, que le permitan luchar contra fenómenos, que como la evasión y el contrabando, inciden de manera negativa sobre los ingresos de la Nación, y afectan la libre competencia en términos de lealtad e igualdad entre los diferentes agentes económicos" (Gaceta del Congreso No. 177 del 30 de mayo de 1997).*

Ahora bien, a juicio de la Corporación, los artículos 15 a 21 de la Ley 383 de 1997 no vulneran el principio constitucional de unidad de materia legislativa, por cuanto ellos guardan estrecha relación temática y sistemática con el objeto principal de la ley, que consiste en "luchar contra la evasión y el contrabando".

En efecto, las normas acusadas consagran una serie de instrumentos de orden tributario y aduanero, a través de los cuales se busca erradicar, o al menos disminuir, los fenómenos de la evasión y el contrabando. Tal y como lo han reconocido la doctrina y jurisprudencia sobre la materia, la evasión y el contrabando constituyen un flagelo que atenta en forma ostensible contra el orden público económico y social justo, la convivencia pacífica, en perjuicio del tesoro público y las finanzas del Estado; por ello, la necesidad de adoptar medidas de carácter tributario, tales como sanciones, multas, etc., mientras que la actividad ilícita del contrabando se combate con mecanismos aduaneros como el decomiso o la retención de la mercancía, los cuales buscan evitar, o al menos hacer más difícil el ingreso al territorio nacional de bienes en forma ilegal e ilícita.

Por consiguiente, resulta claro que si el objeto de la normatividad, como se desprende del mismo título de la ley es la adopción de medidas indispensables para enfrentar la evasión y el contrabando, deben incluirse, como en efecto se hace en los preceptos impugnados, disposiciones tributarias y aduaneras, encaminadas a erradicar aquellos factores que obstaculizan y perturban la libre competencia en términos de igualdad y probidad.

No sobra reiterar aquí lo expresado por la Corte al precisar que, en relación con la unidad de materia, lo relevante es la identidad sustancial del tema objeto de legislación y la ya anotada correspondencia entre el articulado y el título de la ley[5].

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Cuarto Cargo. Incompetencia del legislador para modificar por medio de una ley ordinaria el régimen de aduanas.

En criterio de algunos demandantes, los artículos 15 a 21 de la Ley 383 de 1997 quebrantan el literal c) del numeral 19 del artículo 150 del ordenamiento superior, ya que por constituir temas relativos al régimen de aduanas, su regulación por mandato constitucional (artículos 150-19 y 189-25), corresponde por vía de una ley marco y en forma exclusiva al Ejecutivo, y no como ocurrió en el caso de las disposiciones acusadas, al legislador por medio de una ley ordinaria.

De conformidad con lo preceptuado por el numeral 19 del artículo 150 constitucional,

> *"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*
>
> ...
>
> *19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:*
>
> *(...)*
>
> *c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".*

En concordancia con esta disposición, el numeral 25 del artículo 189 constitucional preceptúa:

> *"Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*
>
> ...
>
> *25. (...); modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior...".*

En relación con la naturaleza y contenido de las leyes marco o cuadro, esta Corporación[6] ha venido sosteniendo que el Ejecutivo colabora activamente con el legislativo en la regulación de las materias que deben ser tramitadas a través de esta clase de leyes; "así, en tanto que el Congreso se limita a fijar las pautas generales, las directrices que deben guiar la ordenación de una materia determinada, el Ejecutivo se encarga de precisar, completar la regulación del asunto de que se trata".

Del mismo modo, en sentencia No. 312 de 1997, esta Corporación expresó:

> *"La institución de las leyes marco permite simultáneamente resguardar el principio democrático - puesto que el Congreso conserva la facultad de dictar y modificar las normas básicas para la regulación de una materia - y reaccionar rápidamente ante la dinámica de los hechos a través de decretos del Gobierno que adapten la regulación específica de la materia a las nuevas situaciones".*

---

[5] Corte Constitucional. Sentencia No. C-434 de 1996

[6] Corte Constitucional. Sentencia No. C-312 de 1997

Sobre el fin de las leyes marco se precisó en la sentencia C-013 de 1993 de esta Corporación:

"La institución de las leyes marco, introducida en el ordenamiento constitucional colombiano con la reforma de 1968, persigue para determinadas materias, dada su complejidad y constante evolución, la colaboración de Legislativo y Ejecutivo, así: el primero, señalará al Gobierno las pautas generales dentro de las cuales éste último debe desarrollar en concreto su facultad reglamentaria ejecutando esos principios en una forma dinámica y de fácil modificación".

Igualmente, en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente se manifestó sobre las leyes marco:

"(...) A raíz de este proceso y, al tenor del artículo 79 de nuestra Carta, las Cámaras después de que votan una ley marco son reemplazadas por el Gobierno. A partir de ese instante las facultades de iniciativa y de decisión respecto de las materias enumeradas en el artículo 76, numeral 22, quedan en manos del Gobierno quien, por esa vía, se convierte en el órgano competente, investido de facultades legislativas para expedir, modificar y derogar la legislación dentro del marco normativo que le trazó el Congreso y que complementa a través del reglamento. Se supone que las Cámaras vuelven a quedar habilitadas, en el ejercicio de esa potestad legislativa, cuando al Gobierno le interese una nueva norma cuadro para moverse dentro de límites mucho más amplios de los que inicialmente le fueron atribuidos...

"(...) Los tratadistas coinciden en afirmar que la determinación de los principios fundamentales por el Parlamento significa dictar las normas generales a partir de las cuales el Ejecutivo puede legislar. Cuando la rama legislativa define principios generales estructura un marco. Entonces, el Jefe de Gobierno queda investido de facultades para crear situaciones jurídicas dentro de las pautas que previamente le han trazado.

"El argumento práctico que se esgrimió para justificar la filosofía y la técnica que inspiran la norma, se fundó en motivos de rapidez y evolución. En esa forma el Gobierno se reserva la posibilidad de intervenir por decreto en aquellos sectores que exigen una decisión pronta y oportuna y que, además, son susceptibles de permanente evolución como ocurre con los sectores de la enseñanza y del trabajo, lo cual hace aconsejable que el Ejecutivo cuente con un amplio margen de maniobras..." (Informe-Ponencia para primer debate en plenaria, Gaceta Constitucional N° 51, abril 16 de 1991).

Con la reforma constitucional de 1968 se determinó entonces que para la regulación de diversas materias se debía utilizar el procedimiento de las leyes marco. Entre ellas se encontraban la organización del crédito público, el reconocimiento de la deuda nacional y su servicio, la regulación del cambio internacional y el comercio exterior, la modificación de los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, la determinación de la estructura de la administración nacional, la fijación de las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, etc.".

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150-19 y 189-25 del estatuto superior, el Congreso, en materia del régimen de aduanas, circunscribe su actividad legislativa a señalar las normas generales y los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno, mientras que

a éste le corresponde "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas"

Ya la Corte ha tenido oportunidad de precisar el sentido y alcance del literal c) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política, en los siguientes términos[7]:

> *"La modificación del régimen aduanero por razones de política comercial es, pues, materia que debe ser objeto necesariamente de una ley conocida por la doctrina con el nombre de "ley marco". Con base en el mencionado tipo de instrumento legal la Constitución opera respecto de una específica materia una especial distribución de competencias normativas entre la ley y el reglamento. Al primero se confía la determinación de los objetivos y criterios generales, conforme a los cuales el segundo deberá ocuparse del resto de la regulación. De esta manera se garantiza en favor del reglamento un ámbito de regulación, como quiera que la ley deberá limitarse a los aspectos generales ya señalados que son precisamente los que configuran el "marco" dentro del cual se dictarán los reglamentos llamados a desarrollar los objetivos y criterios trazados por el legislador. Los asuntos objeto de las leyes marco corresponden a una realidad susceptible de permanente cambio.*
>
> ...
>
> *La Constitución al autorizar el empleo de leyes marco y de los decretos que las desarrollen, en lo tocante a la modificación del régimen de los aranceles, tarifas y demás disposiciones del régimen de aduanas, cuando utiliza la expresión "por razones de política comercial" está limitando el campo de esta técnica normativa a los aspectos económicos del arancel de aduanas y está consecuentemente excluyendo que mediante la misma, de manera principal o preponderante, se adelante una política fiscal o se persigan objetivos de esta estirpe".*

En desarrollo de lo anterior, y como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, en el nuevo ordenamiento superior la expedición de las normas y leyes -así como su derogación, que implica la modificación del estatuto aduanero, y el establecimiento de impuestos- concernientes al saneamiento de mercancías, aprehensión y decomiso de las mismas, entre otras materias, es competencia del Congreso y no del Ejecutivo. Igualmente, las previsiones ajenas a los elementos comerciales del régimen de aduanas, como ocurre con la penalización del contrabando, son atribuciones del resorte del legislador ordinario.

En consecuencia, las normas acusadas no constituyen una modificación al régimen de aduanas, cuya competencia corresponde al Gobierno, sino que por el contrario, son un desarrollo de la función legislativa otorgada al Congreso por el literal c) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política.

Por consiguiente, el cargo no prospera, pues las normas acusadas no quebrantan precepto alguno del ordenamiento constitucional.

Quinto Cargo <u>Violación del principio constitucional que prohibe imponer las penas de detención, prisión o arresto por deudas -artículo 28 C.P.-</u>

Se indica en una de las demandas materia de examen, que el artículo 15 de la Ley 383 de 1997 infringe el artículo 28 de la Constitución, al considerar la medida en que si es admisible que las deudas al fisco y las irregularidades aduaneras se puedan resolver mediante facilidades de pago

---

[7] Sentencia No. C-510 de 1992, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de una suma de dinero ante la imposibilidad de lograr su saneamiento, no cabe penalizarlo coetáneamente pues ello convierte la obligación de pagar al Estado la tarifa o arancel con su incremento sancionatorio, en un delito castigado con prisión, con pleno desconocimiento de la garantía constitucional consagrada en dicho precepto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 383 de 1997,

> *"Quien introduzca o o saque bienes del territorio nacional, sin declararlos o presentarlos ante la autoridad aduanera, o por lugar no habilitado o sin los documentos soporte de la operación de comercio exterior, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años, y multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados, sin perjuicio del concurso de hechos punibles.*
>
> *La pena descrita en el inciso primero no se aplicará cuando la cuantía de los bienes involucrados sea inferior a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las sanciones administrativas".*

Por su parte, el artículo 28 de la Carta Política preceptúa que:

> *"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles".*

Con fundamento en los textos transcritos, es claro que el hecho de introducir o sacar bienes del territorio nacional sin declararlos o sin presentarlos ante la autoridad aduanera, así como introducirlos por lugar no habilitado o sin los documentos que soportan la operación de comercio exterior, conlleva, como ya se ha señalado para quien incurra en dicho comportamiento, una doble sanción: la administrativa, consistente en la multa, y la penal - jurisdiccional, equivalente a la pena de prisión de 3 a 6 años, cada una de las cuales se adelanta y decide en forma independiente y separada.

En este orden de ideas, al tenor del texto legal, la imposición de la pena de prisión se deriva de la comisión de una conducta antijurídica, o sea, el contrabando, fenómeno este notoriamente diferente a la situación contemplada en el inciso tercero del artículo 28 de la Constitución, referente a las deudas. Así pues, mientras la primera consagra una sanción penal por la comisión de un delito, la segunda versa sobre la prohibición de imponer la sanción de detención, prisión o arresto por deudas surgidas del incumplimiento de obligaciones civiles.

De ahí que la prohibición contemplada en el artículo 28 superior, no puede extenderse a conductas delictivas, como la introducción ilegal de mercancías o bienes al territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues tal interpretación no se ajusta a los postulados y principios enmarcados en la Constitución de 1991.

En cuanto al sentido de dicho precepto constitucional, esta Corporación en la sentencia No. C-628 de 1996, MP. Doctor Hernando Herrera Vergara, sostuvo lo siguiente:

> *"Cuando la Constitución prohíbe en el artículo 28 la detención, prisión o arresto por deudas, se refiere concreta y particularmente a aquellas originadas en relaciones de origen civil, sin que en estas medien situaciones o hechos punibles".*

En conclusión, resulta evidente que la regulación consagrada en el artículo 28 de la Carta Política, no es aplicable a aquellas conductas antijurídicas diferentes, para las cuales el legislador tiene prevista otra clase de sanciones.

En efecto, la imposición de la pena de prisión prevista en el artículo 15 acusado, se deriva de la comisión de un ilícito, que acarrea dicha sanción penal, la que no se reduce a una mera y simple obligación dineraria o crediticia de índole civil o comercial.

Por ello, cabe reiterar entonces, que la pena de prisión impuesta, se produce no por el incumplimiento de obligaciones civiles contractuales, que es lo que prohíbe la norma superior, sino en razón del quebrantamiento del orden jurídico por el ejercicio de una actividad ilícita y antijurídica de carácter penal, como lo es el contrabando.

Siendo la pena de prisión consagrada, la consecuencia directa del quebrantamiento del orden jurídico por la comisión del hecho punible del contrabando, y no como erróneamente lo entiende el actor, del incumplimiento de una deuda en dinero o en especie, lo que no resulta violatorio de ningún precepto constitucional, habrá que concluir que el cargo no prospera.

Sexto Cargo. Violación de los derechos al trabajo y a ejercer profesión u oficio, así como a que se les presuma la buena fe de los comerciantes minoristas, al impedirles ejercer sus actividades comerciales, al penalizar su ejercicio por distribuir mercancías adquiridas con desconocimiento de su origen, procedencia y legitimidad, y al suponer la culpabilidad del comerciante inculpado desconociendo la presunción de inocencia.

Según uno de los demandantes, el artículo 16 de la Ley 383 quebranta el ordenamiento superior al desconocer el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas de los comerciantes minoritarios, así como su derecho a ejercer libremente una profesión u oficio, impidiéndoles desarrollar su actividad comercial, y al penalizar su ejercicio por distribuir las mercancías por ellos adquiridas sin conocer su procedencia ni la legalidad de las mismas.

Agrega igualmente, que se viola el artículo 58 de la Constitución, ya que cuando se adquieren bienes y mercancías en el país por parte de los comerciantes minoristas, desconociendo estos la forma en que ingresaron al territorio nacional, y se posee una factura -que es el título de propiedad-, se está frente a un derecho adquirido conforme a las leyes civiles y comerciales, sin que se deba entrar a precisar si quien se los vendió, adquirió irregularmente la mercancía. Y además, al decomisarla de esa forma, se está vulnerando el principio de la buena fe (artículo 83 C.P.).

Según lo dispone el artículo 16 demandado, el juez al imponer la pena, privará al responsable del derecho de ejercer el comercio por el término del arresto (de 6 a 24 meses) y un (1) año más".

Cabe observar, que lo que hace la norma mencionada, es impedir en forma temporal, el ejercicio de la actividad comercial, frente a la conducta antijurídica consistente en transportar, almacenar, distribuir o enajenar mercancía introducida al territorio nacional ilegalmente, sin haber sido declarada, o sin haber sido presentada ante la autoridad aduanera o ingresada por lugar no habilitado o sin los documentos de soporte pertinentes, con lo cual no puede pretenderse que dichas situaciones fácticas de carácter ilícito, tengan la categoría de derechos adquiridos, pues estos deben estar supeditados al marco de la legalidad, de manera que los particulares pueden ejercer la actividad comercial siempre que las conductas respectivas no se encuentren expresamente prohibidas dentro del ordenamiento jurídico.

Ciertamente, desde el mismo preámbulo, y en los artículos 1o., 2o., 25 y 26 de la Constitución, se garantiza el derecho al trabajo como fundamental, así como la libertad de ejercer profesión u oficio. Empero, como lo ha advertido esta Corporación en innumerables pronunciamientos, no existen derechos absolutos en la medida en que estos están limitados ante la prevalencia del interés general y el orden jurídico.

El mismo artículo 4o. de la Carta Política dispone que es deber de los nacionales acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. Y agrega el artículo 6o. *ibidem*, que los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes.

Así pues, las personas no sólo gozan de derechos, sino que a su vez, para la efectividad de los mismos, tienen correlativamente deberes y obligaciones que cumplir; por ello, señala el

artículo 95 *ibidem,* que "el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades".

Por ende, aunque la Constitución le reconozca a toda persona el derecho al trabajo y la libertad a ejercer profesión u oficio, ello implica no sólo asumir una serie de responsabilidades inherentes al ejercicio lícito de su derecho, sino el cumplimiento de deberes correlativos para con la sociedad. En consecuencia, quien se sustrae a la ejecución de las disposiciones constitucionales y legales, debe asumir las consecuencias que de ello se deriven, tales como las sanciones, penas, etc. Quien actúa al margen de la ley, no puede por consiguiente, oponer el ejercicio de un derecho fundamental, como el trabajo, pues actúa en contravía de los principios y mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico, asumiendo las consecuencias a que haya lugar.

En tal virtud, el comerciante que en desarrollo de sus actividades incurre en el delito de contrabando, penalizado en los términos de los artículos 15 y 16 de la Ley 383 de 1997, con fundamento en las normas constitucionales mencionadas, no puede alegar en ningún caso la libertad de trabajo, aunque este constituya un derecho fundamental, pues su ejercicio implica el cumplimiento de unas responsabilidades y deberes correlativos, como actuar dentro del marco de la legalidad, y al no hacerlo, su derecho pierde efectividad y carece de protección.

En cuanto a la presunta vulneración de los derechos adquiridos de los comerciantes minoristas, estima la Corte que no existe tal quebrantamiento, pues es la misma Constitución la que en su artículo 58 dispone que "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles".

Para rechazar el cargo, cabe reiterar los argumentos expuestos anteriormente, según los cuales no puede dársele la categoría de derecho adquirido a aquel obtenido por medios ilícitos contrariando la normatividad constitucional y legal. Además, los bienes adquiridos mediante la actividad del contrabando, es decir, por medios ilegales, en grave perjuicio del tesoro público o de la moral social, no entran ni están clasificados dentro de lo estipulado por el artículo 58 de la Carta Política, por tratarse de bienes producto de una actividad ilícita, ya que se encuentran por fuera del marco legal.

En relación con los derechos adquiridos, es pertinente traer a colación lo expresado por esta Corporación al examinar la constitucionalidad de las normas relativas a la extinción del dominio[8]. En dicha oportunidad se expresó lo siguiente:

> *"La garantía de la irretroactividad de las leyes penales no puede ser esgrimida frente a una consecuencia de estirpe constitucional que gobierna los efectos de situaciones pasadas y que, además, se predica de los bienes y por sí misma no entraña pérdida de la libertad. La irretroactividad penal toma en consideración el elemento personal y de libre albedrío que deben intervenir en la decisión de adoptar una conducta o de evitarla, según la calificación legal que sobre ellas recaiga. La extinción del dominio es una secuela, de conformidad con la Constitución y según la Ley examinada, de una actividad delictiva previa –que deja incólume el principio de irretroactividad de la ley penal, por lo cual no se trata de una pena–, que se dirige a operar sobre los bienes obtenidos a causa del delito o derivados de éste.*
>
> *"Llegar hasta el extremo de sostener que aun a las sanciones* ad rem *que tienen como antecedente el delito, debe aplicarse la garantía de la irretroactividad, equivale a sostener que el ordenamiento, mediante el juego de estímulo-disuasión, concede al delincuente en relación con los frutos de su delito un espacio legítimo para discernir el curso de la conducta*

[8] Corte Constitucional. Sentencia No. C-374 de 1997.

que ha de seguir, de suerte que, si se ordenare la extinción retroactiva de los bienes mal habidos –según la tesis de los demandantes– se lo habría "sorprendido" de manera maligna por el Estado y se habría injustamente conculcado sus "derechos adquiridos" sobre el botín arrebatado a la víctima de sus fechorías o al erario".

No puede pues, bajo el argumento de la irretroactividad de la ley penal y el respeto a los derechos adquiridos, pretender sustraerse a la eficacia de una disposición constitucional, como si su efectividad tuviese menos consideración que la intangibilidad de los bienes y de las mercancías adquiridas e ingresadas al territorio nacional, o extraídas de él contrariando el ordenamiento jurídico superior y con menoscabo o con absoluta violación del principio de legalidad que sustenta al Estado de Derecho.

Adicionalmente, cabe agregar que no obstante que el constituyente no utilizó la expresión "con justo título" en relación con la garantía de los derechos adquiridos, resulta evidente que dicho concepto se encuentra comprendido dentro de la sujeción de los mismos derechos a las leyes civiles.

Por consiguiente, los artículos examinados de la Ley 383 de 1997 no desconocen entonces, derechos adquiridos consolidados, pues en los supuestos que ella contempla, se adquirió la propiedad de los bienes y de las mercancías en abierta transgresión al ordenamiento jurídico vigente, vulnerando los límites fijados por el orden jurídico, motivo por el cual no puede afirmarse, como erróneamente lo pretende uno de los demandantes, que exista un derecho legítimo de los presuntos titulares de la propiedad. No puede entonces, catalogarse como derecho adquirido "con justo título" y "con arreglo a las leyes civiles" por el uso o disfrute indebido del derecho de propiedad.

Finalmente, estima la Corte que no se desconoce la presunción constitucional de la buena fe de los comerciantes minoristas, por cuanto se trata de conductas que no son susceptibles de encausarse a título de culpa o preterintención; es necesario que el sujeto activo consciente de la actividad ilícita, quiera su realización. Los comportamientos sancionados en los preceptos atacados son inequívocos y los comerciantes conocen los límites dentro de los cuales su actuación es permitida. Y la ley no está presumiendo la mala fe de estos, pues existen los medios y se dan las circunstancias para aplicar las sanciones previstas en las disposiciones *sub examine,* previo las garantías propias del debido proceso y del derecho de defensa.

Por lo anterior, los cargos no prosperan.

Séptimo Cargo. Violación del principio de la irretroactividad de la ley.

Según uno de los actores, el parágrafo transitorio del artículo 16 de la Ley 383 quebranta el artículo 29 de la Carta Política, ya que la ley debería regir hacia el futuro, mientras que la norma acusada le da un efecto contrario cuando se refiere a comerciantes minoritarios que posean mercancías antes de la vigencia de esta ley. Y agrega que el precepto acusado crea un delito *ex post facto,* el de contrabando para mercancías que ya se habían introducido al país al amparo de una legislación administrativa aduanera vigente, que en esa época autorizaba la introducción de mercancías con la obligación de pagar impuestos y tarifas en cualquier tiempo.

Cabe señalar que el parágrafo transitorio demandado no vulnera el principio de la irretroactividad de la ley, pues este lo que está concediendo es un plazo de gracia para que "dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley", acrediten la legal introducción de las mercancías y dentro de los cuatro meses de vigencia de la misma, la legalicen conforme a lo establecido en el Decreto 1909 de 1992 que así lo ordena.

De esta manera, quienes dentro de la vigencia de la norma transporten, almacenen, distribuyan o enajenen mercancía introducida en forma ilícita al territorio nacional, incurrirán en las sanciones penales y administrativas de que trata el artículo 16 de la ley bajo examen, salvo

que dentro de los plazos mencionados la legalicen, con lo cual no se está dando carácter retroactivo a la ley, sino por el contrario, fijando unos términos razonables para legalizar la mercancía ya que de no hacerlo, no es posible "dentro de la vigencia de la ley", ejercer las referidas actividades comerciales.

Además, cabe advertir que ya desde la expedición del Decreto 1909 de 1992, se estableció la obligación de legalizar la mercancía, ingresada ilegal e ilícitamente al territorio nacional, con fundamento en los requisitos consagrados en el mismo.

Por consiguiente, no se desconoce el citado principio de la irretroactividad de la ley, ya que la conducta de los comerciantes minoritarios se juzga con sujeción a las normas vigentes al momento de su realización o concreción. Por el contrario, lo que se les otorga es un beneficio que da lugar a eximirlos de responsabilidad penal frente al cumplimiento de los presupuestos consagrados en el parágrafo acusado.

En tal virtud, el cargo no prospera.

Lo expuesto hasta aquí sirve para concluir que los artículos 18 y 19 inciso segundo, resultan igualmente exequibles, debido a que sobre ellos se realizan acusaciones de carácter general y no específicamente, de manera que a juicio de esta Corporación se ajustan a la Constitución. Igualmente, la imposición de penas que se consignan para el servidor público que colabore, participe, transporte o ejecute las mismas actividades ilícitas del contrabando, además de la pérdida e interdicción de las funciones públicas, si se tiene en cuenta que nadie puede estar eximido o exonerado de la responsabilidad penal por el desarrollo de actividades ilícitas constitutivas de hechos punibles, pues como lo consagra el artículo 6o. de la Carta Política, los servidores públicos son responsables, no solamente por infringir la Constitución y las leyes, sino igualmente por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De igual manera, en nada se opone a los preceptos constitucionales la consagración de estímulos que en el inciso segundo del artículo 19 de la ley sub examine se establecen en favor de las entidades territoriales por la colaboración eficaz en la aprehensión de mercancías producto del contrabando.

Lo que sí resulta contrario al ordenamiento superior es que se establezcan reconocimientos por la "no colaboración eficaz" en la lucha contra la evasión y el contrabando, ya que aparte de constituir un despropósito jurídico, es bien sabido que es función de las autoridades de la República asegurar la vigencia de un orden justo, estando la función administrativa al servicio permanente de los intereses generales, los cuales se desarrollan con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Por consiguiente, se declarará inexequible el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 383 de 1997, por quebrantar los ordenamientos superiores.

Octavo Cargo. Inconstitucionalidad de los artículos 51 numeral 1 de la Ley 383 de 1997 y 7o. de la Ley 56 de 1981 por remisión a una norma derogada.

El numeral 1o. del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, dispuso que la generación eléctrica continuará gravada de acuerdo con lo previsto en el artículo 7o. de la Ley 56 de 1981.

El ciudadano Carlos Germán Farfán Patiño afirma en su demanda que, este precepto de la ley 383 hace una remisión a una norma derogada por la Ley 14 de 1983, y establece un tratamiento preferencial sobre tributos de propiedad de las entidades territoriales, en perjuicio de la autonomía fiscal de las mismas.

Cabe observar de una parte, que el artículo 7o. de la Ley 56 de 1981 a que hace remisión el precepto impugnado ya fue objeto de control parcial de constitucionalidad por parte de esta

Corporación, quien mediante providencia No. C-486 de 1997, MP. doctor Hernando Herrera Vergara, declaró exequibles las siguientes expresiones: "limitada a cinco pesos ($5.oo) anuales por cada kilovatio instalado en la respectiva central generadora" y "y su monto se reajustará anualmente en un porcentaje igual al índice nacional de incremento del costo de vida certificado por el DANE correspondiente al año inmediatamente anterior".

Al respecto, dijo la Corte:

> *"Del título de la Ley 56 de 1981 se desprende que ésta tiene un contenido de carácter especial, mientras que la Ley 14 de 1983 es de carácter general.*
>
> *Del mismo modo, no se configura una derogación de la Ley 14 de 1983 sobre la anteriormente citada, de manera que ambas normatividades conservan plena vigencia, dado el carácter especial de la Ley 56 de 1981 que regula lo atinente a las relaciones que surjan entre las entidades propietarias de las obras públicas que se construyan para generación y transmisión de energía, acueductos, riegos y regulación de ríos y caudales de los municipios afectados por ellas, así como las compensaciones que se originen por esas relaciones, señalando así mismo, que el impuesto de industria y comercio recaerá sobre la generación y el transporte de energía eléctrica.*
>
> ...
>
> *Así pues, en síntesis se trata de dos leyes que regulan aspectos diferentes, manteniendo su vigencia plena, sin que exista subrogación por parte de la norma posterior, ya que existe una ley general en virtud de la cual se fija el impuesto de industria y comercio que recaerá sobre las actividades industriales, comerciales y de servicio realizadas en cada jurisdicción municipal, donde su base gravable la constituyen los ingresos brutos de la actividad con algunas deducciones legales; y otra especial que consagra una regla particular para el caso de la propiedad de obras para actividades de generación eléctrica, donde la proporción de la distribución entre los diferentes municipios está determinada por el gobierno nacional, y donde su base gravable está limitada a una suma fija calculada por cada kilovatio de potencia, la cual se reajusta anualmente según el I.P.C.*
>
> *Por consiguiente, el cargo formulado no está llamado a prosperar pues las normas no se contraponen entre sí, ni existe derogación por los motivos señalados, de manera que se trata de normas que regulan el impuesto de industria y comercio, una en forma general y la otra especial, aplicable a la situación fáctica prevista en el literal a) del artículo 7 de la ley 56 de 1981, en tanto que la Ley 14 de 1983 se refiere a las materias generales consagradas en su artículo 32, razón por la cual no se quebrantan a juicio de esta Corporación los preceptos constitucionales de orden superior".*

Por consiguiente, respecto de dichos apartes, se ordenará estarse a lo resuelto, frente al fenómeno constitucional de la cosa juzgada.

En relación con el cargo formulado por el actor, según el cual la norma acusada hizo una remisión a una norma derogada, como lo es la Ley 14 de 1983, en lo referente a los apartes aún no examinados, estima la Corporación que estos resultan exequibles en virtud de los mismos razonamientos que sirvieron de fundamento para declarar ajustados a las normas superiores, las expresiones que fueron objeto de definición por parte de la Corte Constitucional, las cuales se reiteran en esta oportunidad.

En cuanto al presunto tratamiento preferencial sobre tributos de propiedad de las entidades territoriales a que hace alusión la demanda, no encuentra la Sala que ello sea así, pues como lo reconoció esta Corte en la providencia citada: "al establecer el legislador de 1981 en cabeza de las centrales generadoras de energía eléctrica, el pago del impuesto de industria y comercio por

la generación y transmisión de energía que corresponde en forma facultativa al municipio como ente territorial cobrarlo y fijar su tarifa, no se están concediendo, a juicio de la Corte, exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con dichos tributos, como erróneamente lo estima el actor, ya que como se ha expresado, se trata de una normatividad de carácter especial que regula el impuesto de industria y comercio que se cobra a las centrales generadoras de energía eléctrica, lo cual se ajusta en su integridad al ordenamiento superior".

De esta manera, como se trata de la formulación del mismo cargo, en relación con el supuesto tratamiento preferencial sobre tributos de propiedad de las entidades territoriales, el cual ya fue analizado por esta Corporación para llegar a la conclusión según la cual no existe "tratamiento preferencial en relación con dichos tributos" por las mismas razones expresadas, se declarará la exequibilidad de los apartes consignados en la norma acusada.

VI.DECISION

En razón a lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional obrando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLES los artículos 15 a 21 y el numeral 1o. del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, salvo el inciso segundo del artículo 19 que se declara INEXEQUIBLE.

Segundo. En relación con el artículo 7o. de la Ley 56 de 1981, ESTESE A LO RESUELTO en la sentencia No. C-486 de 1997 respecto de las siguientes expresiones: *"limitada a cinco pesos ($5.oo) anuales por cada kilovatio instalado en la respectiva central generadora" y "y su monto se reajustará anualmente en un porcentaje igual al índice nacional de incremento del costo de vida certificado por el DANE correspondiente al año inmediatamente anterior".*

Decláranse EXEQUIBLES las expresiones *"Las entidades propietarias pagarán a los municipios los impuestos, tasas, gravámenes o contribuciones de carácter municipal diferentes del impuesto predial, únicamente a partir del momento en que las obras entren en operación o funcionamiento y dentro de las siguientes limitaciones: a) Las entidades propietarias de obras para generación de energía eléctrica, podrán ser gravadas con el impuesto de industria y comercio", contenidas en el artículo 7o. de la Ley 56 de 1981.*

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
-Con salvamento de voto-

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
-Con salvamento de voto-

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado
-Con salvamento de voto-

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-194
mayo 7 de 1998

PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*-Violación

El legislador es competente para definir los tipos delictivos y las contravenciones administrativas, por lo que discrecionalmente puede decidir que una de éstas pase a ser delito; pero viola el principio "non bis in idem" *cuando conserva como falta administrativa la conducta que convirtió en delito porque entonces, en ningún caso, la sanción consagrada en la ley penal agota el castigo legalmente imponible a quien realice de manera culpable la acción típica; y porque la defensa que se ejerce en el proceso penal es siempre insuficiente para establecer la inocencia del sindicado frente a la transgresión que bajo dos modalidades normativas se le imputa por la misma acción.*

AUTONOMIA JUDICIAL-Desconocimiento

El artículo 20 de la Ley 383/97 desconoce la autonomía del juez penal para decidir sobre el valor de la mercancía objeto de la conducta tipificada como delito por la misma ley, cuando éste es, precisamente, el elemento que permite diferenciar la conducta "elevada" a la categoría delictiva, de aquélla que no puede ser penada, más sí administrativamente sancionada. La aplicación de ese artículo 20, implica la violación del artículo 29 de la Carta Política por desconocimiento del juez natural, y vulnera el artículo 116 Superior, puesto que, si bien "la ley podrá atribuír función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas", la misma norma precisa de manera inmediata que: "sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos".

DECOMISO DE MERCANCIA-Requiere decisión judicial

Aún cuando el precio de la mercancía introducida irregularmente sobrepase los mil salarios, el negocio jurídico por medio del cual se adquirieron tales bienes no adolece de objeto ilícito; si al traerlas al país se incurrió en una acción típica, antijurídica y culpable, y si tal delito justifica la pérdida para el particular de su derecho de dominio sobre la mercancía, a más de la pena pecuniaria que le es imponible -200% del precio-, son asuntos que requieren de la decisión de un juez de la República.

PRISION POR DEUDAS

Una cosa es que la pena pecuniaria en determinadas situaciones señaladas en la ley se pueda convertir en privación de la libertad, y otra que se imponga pena de detención, prisión o arresto por deudas. Lo que la norma acusada está regulando no es el pago de una obligación pecuniaria, pues la conducta punible sancionada se supone fue aquella que dio lugar a la imposición de la multa como pena principal y única, sino el comportamiento rebelde del condenado a cumplir con la deuda social contraída con el Estado como efecto de una sentencia

judicial para resarcir el daño social ocasionado por la conducta que dió lugar a la pena de carácter pecuniario"

DERECHO AL TRABAJO-Violación

El artículo 16 vulnera el derecho al trabajo de múltiples personas que nada tienen que ver con la posible introducción irregular al país de mercancías, y que no están obligados por la Constitución y la ley a conocer el origen (regular o no) de las mercancías que transporten, almacenen, distribuyan o enajenen. Además, la norma es claramente desproporcionada, puesto que al autor del contrabando menor de 1000 salarios mínimos mensuales, no se le aplicará la pena; pero sí al que con conocimiento o no del ilícito administrativo, contrate con el contrabandista minoritario el transporte, almacenamiento, distribución o venta de partes de la mercancía.

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY-Violación

El parágrafo del art. 16, claramente viola el principio de la irretroactividad de la ley penal, puesto que convierte en delito una conducta previa a la vigencia de la ley que criminalizó el contrabando; mediante esa norma, el legislador hace responsables del delito de favorecimiento, a quienes contrataron un servicio -en ese momento lícito-, con quien aún hoy, resultaría inocente frente a la sindicación de contrabando, pues no sobrepasó la cuantía mínima (1000 salarios mínimos mensuales). Paradógicamente, éste último es el único llamado por la norma considerada a hacerse merecedor de la eximente de responsabilidad, puesto que él no necesita del transportador, almacenista, distribuidor o vendedor al detal para cumplir con el trámite y pago dentro del término legal, mientras ninguno de los facilitadores mencionados puede, sin su colaboración activa, evitar ser convertido ex post facto *en delincuente.*

ORGANOS TERRITORIALES-Competencia limitada en materia tributaria

La fijación de la tarifa del tributo municipal de manera arbitraria era algo que no podía hacer el legislador, ya que invadió de manera total el ámbito de disposición de los concejos municipales: éstos no quedaron autorizados para introducir ninguna tarifa distinta. En nuestro criterio, si bien los preceptos constitucionales establecen que las competencias de los órganos territoriales de elección popular en materia tributaria ejercen sus atribuciones dentro de los lineamientos y pautas que trace la ley, ello no se confunde con la injerencia específica del legislador en cada tributo para imponer en un ciento por ciento, de modo imperativo y único, las tarifas de los impuestos departamentales, municipales o distritales, excluyendo toda decisión de la entidad territorial sobre el tema.

Referencia: Procesos acumulados D-1834, D-1852, D-1855, D-1861 y D-1864.

Sentencia C-194/98.

Con el debido respeto, los suscritos Magistrados se permiten hacer constar las razones por las que se apartan del criterio de la mayoría en el proceso de la referencia.

1. **Violación del principio *"non bis in idem"***

El legislador es competente para definir los tipos delictivos y las contravenciones administrativas, por lo que discrecionalmente puede decidir que una de éstas pase a ser delito; pero viola el principio *"non bis in idem"* cuando conserva como falta administrativa la conducta que convirtió en delito porque entonces, en ningún caso, la sanción consagrada en la ley penal agota el castigo legalmente imponible a quien realice de manera culpable la acción típica; y porque la defensa que

se ejerce en el proceso penal es siempre insuficiente para establecer la inocencia del sindicado frente a la transgresión que bajo dos modalidades normativas se le imputa por la misma acción.

2. **Desconocimiento de la autonomía judicial**

El artículo 20 de la Ley 383/97 desconoce la autonomía del juez penal para decidir sobre el valor de la mercancía objeto de la conducta tipificada como delito por la misma ley, cuando éste es, precisamente, el elemento que permite diferenciar la conducta "elevada" a la categoría delictiva, de aquélla que no puede ser penada, más sí administrativamente sancionada. La aplicación de ese artículo 20, implica la violación del artículo 29 de la Carta Política por desconocimiento del juez natural, y vulnera el artículo 116 Superior, puesto que, si bien "la ley podrá atribuír función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas", la misma norma precisa de manera inmediata que: "sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos".

3. **Decomisar la mercancía requiere de una decisión judicial**

Que el Gobierno, por medio del Decreto 1909 de 1992, hubiera reglamentado el procedimiento administrativo a seguir cuando la mercancía irregularmente introducida al país no fuera reclamada y nacionalizada, no es razón para afirmar que los artículos 20 y 21 de la Ley 383/97 son exequibles; tampoco lo es que en esas normas el legislador haya autorizado a los funcionarios de la DIAN para declarar el "abandono voluntario" de unos bienes que, luego de aprehendidos por tales funcionarios, pasan a ser propiedad del Estado sólo en el caso de que su dueño no los nacionalice en el término previsto. En caso de contrabandos menores de 1000 salarios mínimos mensuales, que no constituyan delito continuado, la regulación administrativa vigente deberá seguir siendo aplicada.

Pero, en contra de lo que da por sentado el juicio de la mayoría, aún cuando el precio de la mercancía introducida irregularmente sobrepase los mil salarios, el negocio jurídico por medio del cual se adquirieron tales bienes no adolece de objeto ilícito; si al traerlas al país se incurrió en una acción típica, antijurídica y culpable, y si tal delito justifica la pérdida para el particular de su derecho de dominio sobre la mercancía, a más de la pena pecuniaria que le es imponible -200% del precio-, son asuntos que requieren de la decisión de un juez de la República, tanto como la pérdida de la propiedad sobre el arma que alguien use para perpetrar un hurto calificado; cualquier disposición legal en contrario, claramente viola el artículo 34 de la Carta Política.

4. **Prisión por deudas**

Es claro que el artículo 28 de la Carta Política proscribió la detención, prisión o arresto por deudas, sin restringir la garantía a las deudas de origen civil; en nuestro criterio, la cita parcial de la sentencia C-628/96[1] incluída en el fallo del que disiento, modifica el sentido de la doctrina allí sentada; una cosa es que la pena pecuniaria en determinadas situaciones señaladas en la ley se pueda convertir en privación de la libertad, y otra que se imponga pena de detención, prisión o arresto por deudas. En la citada sentencia C-628/96, se hizo mención de esta diferencia en los siguientes términos:

"Como lo indicó el representante del Ministerio Público, lo que la norma acusada está regulando no es el pago de una obligación pecuniaria, pues la conducta punible sancionada se supone fue aquella que dió lugar a la imposición de la multa como pena principal y única, sino el comportamiento rebelde del condenado a cumplir con la deuda social contraída con el

[1] M.P. Hernando Herrera Vergara.

Estado como efecto de una sentencia judicial para resarcir el daño social ocasionado por la conducta que dió lugar a la pena de carácter pecuniario"

5. **Violación del derecho al trabajo**

El artículo 16 vulnera el derecho al trabajo de múltiples personas que nada tienen que ver con la posible introducción irregular al país de mercancías, y que no están obligados por la Constitución y la ley a conocer el origen (regular o no) de las mercancías que transporten, almacenen, distribuyan o enajenen. Además, la norma es claramente desproporcionada, puesto que al autor del contrabando menor de 1000 salarios mínimos mensuales, no se le aplicará la pena; pero sí al que con conocimiento o no del ilícito administrativo, contrate con el contrabandista minoritario el transporte, almacenamiento, distribución o venta de partes de la mercancía.

6. **Violación de la irretroactividad de la ley**

El parágrafo del artículo 16, claramente viola el principio de la irretroactividad de la ley penal, puesto que convierte en delito una conducta previa a la vigencia de la ley que criminalizó el contrabando; mediante esa norma, el legislador hace responsables del delito de favorecimiento, a quienes contrataron un servicio -en ese momento lícito-, con quien aún hoy, resultaría inocente frente a la sindicación de contrabando, pues no sobrepasó la cuantía mínima (1000 salarios mínimos mensuales).

Paradógicamente, éste último es el único llamado por la norma considerada a hacerse merecedor de la eximente de responsabilidad, puesto que él no necesita del transportador, almacenista, distribuidor o vendedor al detal para cumplir con el trámite y pago dentro del término legal, mientras ninguno de los facilitadores mencionados puede, sin su colaboración activa, evitar ser convertido ex post facto en delincuente.

7. **Detrimento del fisco nacional en beneficio de las entidades territoriales**

Si el contrabando es un delito, todas las personas tienen el deber de colaborar con la Administración de Justicia en la aprehensión de las mercancías irregularmente introducidas o sacadas del país; si se trata de entidades territoriales, a más del deber anotado, tienen la obligación de colaborar con las autoridades de la Rama Judicial en la persecución del delito; si así no lo hacen, deben proceder de la manera debida los organismos de control y se deben aplicar las sanciones previstas en el ordenamiento. Pero, según el fallo adoptado por la mayoría, es exequible que el legislador ordene que un ente administrativo le pague a otro una recompensa, si éste último cumple con lo que es su obligación constitucional y legal; igual comportamiento, realizado por un particular, configuraría una modalidad del delito de cohecho.

Más aún, esta forma de participación de las entidades territoriales en las rentas de la nación, no halla fundamento en ninguna de las normas constitucionales que contemplan transferencias de tal tipo; antes bien, el artículo 19 de la Ley 383/97 -aún después de que la mayoría declaró inexequible su inciso segundo-, y el artículo 21 del mismo estatuto, violan lo dispuesto por el Constituyente en el artículo 359 Superior, y debieron ser separados íntegramente del ordenamiento nacional.

8. **Artículo 7° de la Ley 56 de 1981**

Discrepamos de lo resuelto en relación con la parte cuya constitucionalidad faltaba por definir del artículo 7 de la Ley 56 de 1981, que ahora se encontró exequible.

Ha de recordarse que, por Sentencia C-486 del 2 de octubre de 1997, con ponencia también del H. Magistrado Doctor Hernando Herrera Vergara, fueron declarados exequibles los apartes del mencionado artículo que a continuación se subrayan:

"Las entidades propietarias pagarán a los municipios los impuestos, tasas, gravámenes o contribuciones de carácter municipal diferentes del impuesto predial, únicamente a partir del momento en que las obras entren en operación o funcionamiento y dentro de las siguientes limitaciones:

a) Las entidades propietarias de obras para generación de energía eléctrica, podrán ser gravadas con el impuesto de industria y comercio, limitada a cinco pesos ($5.oo) anuales por cada kilovatio instalado en la respectiva central generadora.

El Gobierno Nacional fijará mediante decreto la proporción en que dicho impuesto debe distribuirse entre los diferentes municipios afectados en donde se realicen las obras y su monto se reajustará anualmente en un porcentaje igual al índice nacional de incremento del costo de vida certificado por el DANE correspondiente al año inmediatamente anterior" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-486 del 2 de octubre de 1997. M.P.: Doctor Hernando Herrera Vergara).

Aunque, en efecto, en el fallo mencionado se declaró la exequibilidad de las expresiones "limitada a cinco pesos ($5,oo) anuales por cada kilovatio instalado en la respectiva central generadora", en relación con la tarifa máxima que pueden cobrar los municipios por concepto de impuesto de industria y comercio a las entidades propietarias de obras para generación de energía eléctrica, y "su monto se reajustará anualmente en un porcentaje igual al índice nacional de incremento del costo de vida certificado por el DANE correspondiente al año inmediatamente anterior", lo único que trató la Corte entonces fue lo pertinente a la inquietud, entonces manifestada por el actor, acerca de si se encontraba o no derogada la norma por la Ley 14 de 1983 sobre fortalecimiento de los fiscos municipales.

En modo alguno se planteó en ese momento, ni se discutió en la Corte, ni se abordó en la Sentencia, si dicha disposición, en cuanto imponía un monto exacto de la tarifa mediante norma legal, podía haber pasado a ser inconstitucional, al invadir la órbita de autonomía reservada por la Carta Política de 1991 (artículos 1, 287 -incisos 2° y 3°- y 338) a las entidades territoriales en relación con sus propios tributos, como en este caso el de industria y comercio.

Los suscritos magistrados pensamos que no había cosa juzgada absoluta sino apenas circunscrita a lo tratado por la Corte en el aludido fallo, y que, por lo tanto, no ha debido ahora remitirse la Corporación a lo resuelto sino entrar en el fondo del asunto.

Ahora bien, de haberlo hecho, la Corte debió haber declarado inexequible la norma, por cuanto la fijación de la tarifa del tributo municipal de manera arbitraria era algo que no podía hacer el legislador, ya que invadió de manera total el ámbito de disposición de los concejos municipales: éstos no quedaron autorizados para introducir ninguna tarifa distinta.

En nuestro criterio, si bien los preceptos constitucionales establecen que las competencias de los órganos territoriales de elección popular en materia tributaria ejercen sus atribuciones dentro de los lineamientos y pautas que trace la ley, ello no se confunde con la injerencia específica del legislador en cada tributo para imponer en un ciento por ciento, de modo imperativo y único, las tarifas de los impuestos departamentales, municipales o distritales, excluyendo toda decisión de la entidad territorial sobre el tema.

Como las entidades territoriales gozan constitucionalmente de un espacio para fijar sus tributos (núcleo esencial de su autonomía), no puede la ley vaciar de contenido tal competencia, asumiéndola ella de manera total.

9. **Falta de pronunciamiento**

También con el acostumbrado respeto, anotamos que, pese a haber sido demandada la parte de la norma según la cual "el Gobierno Nacional fijará mediante decreto la proporción en que dicho impuesto debe distribuirse entre los diferentes municipios afectados en donde se realicen las obras...", que tampoco fue objeto de decisión en la anterior oportunidad, en la parte motiva de la Sentencia de la cual discrepamos no se dice nada acerca del aparte transcrito, ni en la resolutiva se falla su exequibilidad o inexequibilidad.

Los suscritos magistrados asumimos una posición al respecto en el seno de la Sala Plena, pero, en razón de la anotada circunstancia, que quizá surgió al momento de redactar el texto final de la providencia, nos abstenemos de emitir cualquier concepto sobre la exequibilidad o inexequibilidad de esa parte de la norma, para no prejuzgar, si en el futuro llegare a presentarse alguna demanda contra ella.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA C-198
mayo 13 de 1998

DISTRITO CAPITAL-Régimen especial no implica que legislador no pueda modificar prestación de servicios públicos/**LIBERTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR**

En modo alguno, el régimen especial del Distrito Capital, es óbice para que el Legislador, como titular de una reserva normativa expresa, pueda modificar, en sentido general, la ley por medio de la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios. La materia de la ley demandada -servicios públicos-, es ajena a las particularidades que sirven de sustento al régimen especial del Distrito Capital. En este punto no se justifica constitucionalmente un régimen separado para el Distrito Capital. La disposición legal demandada, en sí misma, no viola ninguna norma de la Constitución Política. La nueva tipología de empresa que la ley crea -empresa de servicios públicos-, corresponde a un esquema que tiene carácter homogéneo para todos los gestores de servicios, tanto por su objeto como por su forma societaria (sociedad por acciones). Se ha querido estimular la competencia y favorecer la posibilidad de que las empresas puedan acudir a una fuente constante y flexible de financiación patrimonial. En últimas se trata de un modelo de regulación que, al igual que otros, cabe dentro de la libre configuración normativa que la Constitución le reconoce al Legislador y que no desborda los límites constitucionales.

Referencia: Expediente D-1845.

Actor: Rafael Galvis Jaramillo.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2° de la Ley 286 de 1996.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo trece (13) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de constitucionalidad contra el artículo 2° de la Ley 286 de 1996.

I. ANTECEDENTES

1. El Congreso de la República expidió la Ley 286 de 1996, publicada en el Diario Oficial 42.824 de 1996

2. El representante legal del Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, Señor Rafael Galvis Jaramillo, demandó la inconstitucionalidad del artículo 2° de la Ley 286 de 1996, por considerarlo violatorio de los artículos 41 transitorio y 322 de la Constitución Política.

3. El Ministro de Justicia y del Derecho intervino, a través de su apoderado, para defender la constitucionalidad de la disposición acusada.

4. El Procurador General de la Nación solicita a la Corte que declare la exequibilidad de la disposición acusada.

II. LOS TEXTOS ACUSADOS, LOS CARGOS ELEVADOS Y LAS INTERVENCIONES

Ley 286 de 1996

"por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994".

"El Congreso de Colombia,"

D E C R E T A:

ARTICULO 2°. Las entidades descentralizadas, y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, se transformarán en empresas de servicios públicos de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la ley 142 de 1994, en un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la vigencia de la presente ley"

Cargos de la demanda

El actor considera que la norma acusada vulnera los artículos 41 transitorio y 322 de la C.P. Manifiesta que en el momento de su expedición el legislador "olvidó que existe un régimen integral y único para el Distrito Capital que obliga a determinar su régimen político, fiscal y administrativo de conformidad a la Carta y que las leyes especiales que se aplican al Distrito Capital determinan que solo éstas - las leyes - pueden regular las condiciones y el propio régimen de las empresas y entes descentralizados del Distrito".

Sostiene que el Decreto 1421 de 1993, el Estatuto Orgánico del Distrito Capital, dictado por el Gobierno Nacional en uso de las facultades que le confirió el artículo 41 transitorio de la Constitución, reguló la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos del Distrito. En efecto, en el artículo 164 del mencionado decreto se estableció:

"Artículo 164. Naturaleza de las empresas de servicios públicos. Cuando el Distrito preste directamente los servicios públicos domiciliarios y de teléfonos, lo hará a través de entidades que tengan el carácter de empresas industriales y comerciales del Estado. Igualmente, con autorización del Concejo Distrital podrá hacerlo a través de sociedades entre entidades públicas o sociedades de economía mixta, las cuales podrán tener la naturaleza de anónimas.

"Cuando una entidad de servicios públicos se transforme en empresa industrial y comercial del Estado, la misma continuará siendo titular de todos los derechos y responsable de todas las obligaciones que tenía antes de su transformación. La transformación no libera a los garantes de sus obligaciones ni perjudica en ninguna forma las garantías.

"Sin perjuicio de las atribuciones del Concejo Distrital, corresponderá a las juntas directivas de la entidad que se transforma en empresa industrial y comercial del Estado, reformar los estatutos y autorizar todos los demás actos y contratos que deban realizarse para efectos de la transformación.

"Con autorización del Concejo Distrital las empresas de servicio público en las que el Distrito tenga capital podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos. De la misma manera podrán asociarse, en desarrollo de su objeto, con particulares o formar consorcio con ellos o subcontratar con particulares sus actividades".

Como se observa, el mencionado Estatuto precisó que las empresas distritales que presten servicios públicos domiciliarios deben constituirse como empresas industriales y comerciales del Estado. Solamente con autorización expresa del Concejo Distrital se podrá prestar el servicio a través de sociedades entre entidades públicas o sociedades de economía mixta, caso en el cual podrán asumir la naturaleza de sociedades anónimas.

El actor estima que, de acuerdo con los artículos 41 transitorio y 322 de la Carta, las disposiciones transcritas solamente pueden ser modificadas o derogadas mediante una ley especial referida al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá. En atención a lo anterior, resulta violatorio de la Constitución Política y del Estatuto Orgánico aplicar a las empresas de servicios públicos del Distrito Capital - y entre ellas a la Empresa de Teléfonos de Bogotá - la obligación que impone la norma acusada de transformarse en empresas de servicios públicos - esto es, en sociedades por acciones. Expresa entonces: "la conversión de la empresa en sociedad por acciones tal como lo presenta la norma acusada fundada en la transformación en sociedad por Acciones para la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, es contraria a la Constitución Nacional y el Estatuto Distrito Capital por su regulación especial y debe ser declarada inconstitucional".

Agrega el demandante que la disposición atacada vulnera los artículos 13, 55 y 12, numeral 9°, del Decreto 1421 de 1993 - Estatuto Orgánico del Distrito Capital. Con respecto al artículo 55, manifiesta que éste señala que únicamente el Concejo Distrital, por iniciativa del Alcalde Mayor, puede crear, suprimir, y fusionar establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. Por lo tanto, concluye:

"La transformación en sociedad por acciones de que trata la norma acusada no podía operar de manera obligante e imperativa por cuanto la transformación en sociedad por acciones implica una intervención del Concejo quien por mandato expreso del Estatuto Distrito Capital, puede introducir las modificaciones a los proyectos presentados por el Alcalde en esas materias (...) En consecuencia, la violación aparece manifiesta porque la norma acusada pretende transformar automáticamente las entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, en sociedades por aciones, haciendo caso omiso de las facultades o funciones legislativas que en el marco del Estatuto Distrito Capital tiene el Concejo Distrital por cuanto a este ente le corresponde dictar las normas necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento de las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo -el de telefonía es uno de ellos- del Distrito (numeral 1°, art. 12, Decreto 1421 de 1193), no podía entonces la norma acusada transgredir la competencia del H. Concejo en la determinación de la naturaleza jurídica de las entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando esos servicios".

Finalmente, cita dos pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el alcance del Estatuto Orgánico del Distrito Capital. En el primero - emitido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el día 9 de febrero de 1995, M.P. Miguel González Rodríguez-, se señala que, tal como lo dispuso el artículo 322 de la C.P., "a falta de disposición constitucional para el régimen especial del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, son aplicables las normas especiales que para el mismo se dicten, como en este caso lo es el artículo 18, del Decreto 1421 de 1993, que es ley. De tal suerte que como la Constitución no se refirió a los efectos en que deben concederse los recursos en materia disciplinaria, pero el Decreto 1421 de 1993, que es ley especial, sí lo hace, las disposiciones aplicables en este caso son las reguladas en él, pues sólo en defecto de éstas se aplican las vigentes para los municipios".

De su parte, en el segundo pronunciamiento a que hace referencia el actor -dictado el 27 de enero de 1995, M.P. Jaime Abella Zárate- se establece que "en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo transitorio 41, fue expedido el Decreto 1421 de 1993, que es un cuerpo normativo especial, con rango y fuerza de ley dictado en ejercicio de las atribuciones legislativas especiales, que por una sola vez, le otorgó directamente la Constitución al gobierno, para que actuara en sustitución del órgano legislativo".

INTERVENCIONES

1. **Intervención de Paul Bromberg Z. y Sergio Regueros S.**

Los intervinientes, el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá y el Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, respectivamente, abogan por el rechazo de los argumentos expuestos por el demandante. En primer lugar, solicitan a la Corte que se declare inhibida para fallar ya que entienden que el demandante no acusa la violación de la Constitución sino del Decreto 1421 de 1993, como se desprende del hecho de que el análisis que él hace se centra en mostrar que dicho decreto ha previsto un régimen especial para el Distrito Capital.

De manera subsidiaria, defienden la constitucionalidad de la norma acusada. Expresan que del artículo 322 de la Carta no se desprende una autorización al legislador para dictar normas administrativas especiales respecto de la organización que deben tener las personas o entidades que presten servicios públicos en el Distrito. Fundamentan esta observación en los siguientes argumentos:

a) "La posibilidad constitucional de dictar leyes especiales en materia política, fiscal y administrativa está referida en el artículo 322 no a las personas o entidades que presten directa o indirectamente servicios públicos, sino a la entidad territorial denominada Distrito Capital de Bogotá". La mencionada disposición constitucional no se aplica a las entidades adscritas o vinculadas a la entidad territorial encargadas de prestar servicios públicos.

b) En la Asamblea Nacional Constituyente se hizo mención explícita de la necesidad de otorgar al entonces distrito especial un régimen especial, al señalar que "Bogotá como capital de la República y sede de los poderes nacionales, tiene derecho a una condición y a una calidad distintas de las que ostentan las demás ciudades".

c) El régimen de servicios públicos no está gobernado por el artículo 322 de la Constitución, sino por los artículos 365 y siguientes. Al amparo del artículo 41 transitorio de la Constitución, el Decreto 1421 podía incluir disposiciones como la del artículo 164, pero ello no significa que normas como ésta adquirieran por ese hecho la calidad de normas especiales.

d) "Decir que en el Distrito Capital la organización de quienes prestan servicios públicos puede ser distinta de la que es predicable de otras personas que lo hacen en las demás entidades

territoriales, implica desconocer dos cosas: a) El régimen común de los servicios públicos. b) La Unidad de mercado en nuestro Estado, corolario del hecho de que el Estado Colombiano sea un Estado unitario"

De los anteriores puntos concluyen "que el artículo 2 de la Ley 286 de 1996 es constitucional y que en ningún caso dicha norma viola el artículo 322 de la Carta, pues el régimen especial que dicha norma autoriza no tiene como destinatario a las empresas que prestan servicios públicos en el Distrito Capital, sino a éste como entidad territorial, amén que el régimen organizativo de dichas empresas -común y uniforme, como corolario de la unidad de mercado- está basado no en el artículo 322, sino en las normas constitucionales relacionadas con los servicios públicos, las cuales también fueron respetadas por el Legislador al expedir la norma acusada".

2. **Intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**

En opinión del interviniente la norma acusada no quebranta precepto constitucional alguno. El sentido de la misma no es más que ampliar el plazo señalado en la Ley 142 de 1994 para la transformación de las empresas prestadoras de servicios públicos en sociedades por acciones, manteniendo vigente, en todo caso, lo dispuesto en el parágrafo del artículo 17 sobre la conversión de las empresas estatales descentralizadas en empresas industriales y comerciales del Estado.

3. **Intervención de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones**

En relación con la supuesta violación del artículo 322 de la C.P., el interviniente señala que el actor ha confundido la excepción con la regla. En efecto, si se admitiera que el artículo demandado no se aplica al Distrito Capital, de ello no se desprende su inconstitucionalidad, ya que "la norma demandada se refiere de manera general a todas las entidades y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994 en el país y no de manera exclusiva a las que operan en Santa Fe de Bogotá".

La Constitución ha previsto que al legislador le corresponde, de manera libre, determinar el régimen de prestación de servicios públicos. En desarrollo de dicha actividad, ha diseñado una regulación que se basa en los principios de libertad de mercado y de "desmunicipalización" de la prestación de los servicios públicos. Uno de sus principales efectos se traduce en la transformación de las entidades prestadoras en sociedades por acciones, a fin de que, de manera igualitaria, compitan el sector público y privado en la prestación de los mismos. Ahora bien, el sentido de la norma acusada es el de eliminar la opción prevista en la Ley 142 de 1994, para que fuera real la igualdad entre los agentes económicos prestadores de los servicios. Sustraer a Bogotá de dicho régimen, conduciría al atraso jurídico de la ciudad, lo cual es evidentemente contrario a la intención del constituyente.

4. **Intervención del Ministerio de Desarrollo Económico**

La norma acusada no afecta a las empresas estatales que, antes de su vigencia, hubieran adquirido la forma de empresas industriales y comerciales del Estado. Por lo tanto, no puede sostenerse que, respecto del Distrito Capital, se hubiera impuesto la obligación de transformar a las empresas industriales y comerciales existentes en sociedades por acciones.

5. **Intervención del Ministerio de Comunicaciones**

Si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 322 de la Constitución el Distrito Capital está sometido a un régimen especial, no puede perderse de vista el artículo 365 de la C.P. que señala que corresponde a la ley fijar el régimen jurídico de los servicios públicos. Disposición ésta que, en la materia, prima sobre cualquier otra.

CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

La prestación de servicios públicos está íntimamente ligada a los fines sociales del Estado. La óptima distribución de los recursos públicos en orden a satisfacer las necesidades sociales, exige un marco jurídico que garantice la prestación de servicios públicos en condiciones de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.). Como clara expresión de lo anterior, a los integrantes de la Asamblea Constituyente no les importaba la entidad que prestara los servicios públicos, razón por la cual se previó su prestación por parte de entidades públicas y privadas y comunidades organizadas, teniendo en mira la garantía de la universalidad del acceso. Para lograr lo anterior, consideró oportuno dejar en manos del legislador la regulación de las políticas de tarifas, eficiencia, cobertura, financiación, lo mismo que el señalamiento de las entidades competentes para la prestación de los diferentes servicios.

En materia de competencias de las entidades territoriales, la Constitución otorga competencia al legislador para definir su ámbito. Dicha competencia tendrá un sesgo centralizador, como la ha señalado la jurisprudencia de la Corte, en tratándose de asuntos de índole económico o referidos a la planeación, debilitándose, en estas materias, el principio autonómico.

Ello explica porqué "la autonomía reconocida al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, no permite considerar que sus Estatutos puedan ser ajenos a los mandatos contenidos en las leyes que regulan la prestación de los servicios públicos domiciliarios".

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia

1. En los términos del artículo 241-4, la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda.

La controversia constitucional

2. Según el demandante el artículo 2° de la Ley 286 de 1996, viola los artículos 41 transitorio y 322 de la C.P., los cuales determinan que el régimen político, fiscal y administrativo de Santa Fe de Bogotá, distrito capital, corresponderá al que se disponga en la ley especial, la cual para los indicados efectos es el Decreto No. 1421 de 1993.

La razón de la violación, tal como se expone en la demanda, estriba en la contradicción que se presenta, en punto a las empresas de servicios públicos, entre la disposición legal demandada, perteneciente al régimen de los servicios públicos domiciliarios, y, de otra parte, el artículo 164 propio del "régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá", recogido en el Decreto 1421 de 1993. La primera norma tiene como sujetos a todas las entidades descentralizadas y demás empresas de servicios públicos domiciliarios y, sobre el particular, ordena que en un plazo de 18 meses se transformen en empresas de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994. Con arreglo a la norma citada, "las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley". La segunda norma, en cambio, se refiere exclusivamente al distrito capital, y allí se establece que cuando éste preste directamente los servicios públicos domiciliarios y de teléfonos, ello se hará a través de empresas industriales y comerciales del Estado o por medio de sociedades entre entidades públicas o sociedades de economía mixta, según lo señale el Concejo Distrital.

La impugnación reivindica el primado de la ley especial (Decreto No. 1421 de 1993), frente a la ley ordinaria. De otro lado, se cuestiona que, de manera automática, se imponga al Distrito

Capital, desconociendo la disposición especial y la competencia del Concejo Distrital, un determinado esquema organizativo de entidad de servicios.

3. El examen de constitucionalidad no se realiza entre normas de rango legal. La Corte entiende que el demandante, en el fondo, no se propone que este escrutinio se lleve a cabo. La oposición normativa de orden legal que anota, tiene el sentido de mostrar, por lo menos así lo asume la Corte, una aparente invasión del campo propio de la ley especial a que alude el artículo 322 de la C.P., por parte de la ley ordinaria, que contendría mandatos aplicables "para los municipios".

La Constitución ha prescrito que el régimen político, fiscal y administrativo, conforme al cual se organiza el Distrito Capital, se adopte en una "ley especial" La característica de esta ley no está relacionada con aspectos de orden formal o con el método que ha de seguirse para su aprobación. Distingue a la "ley especial", como categoría de acto normativo creado por la Constitución, la unicidad de su contenido: en ella se plasma el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital.

Dado que el elemento que le confiere singularidad a la "ley especial", es su contenido, que integra una materia homogénea, tanto por el sujeto como porque sus reglas se informan de la singularidad de la ciudad en la que concurren condiciones no predicables de ningún municipio -sede de los órganos superiores del Estado, capital de la República y de un Departamento-, es evidente que en su caso con mayor intensidad cabe señalar que el proyecto de ley en el que se origina debe referirse a esa materia, siendo inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se vinculen directamente con ella (C.P., art. 158).

El *status* especial de la ley se difuminaría si en él se comprende toda regulación que de una o de otra manera afecte al Distrito Capital. La especialidad es un atributo que responde a las exigencias que se derivan de la anotada singularidad del Distrito Capital y, por tanto, no puede ir más allá de la misma, de suerte que allí donde la situación que constituye el supuesto de una regulación resulta indiferente para cualquier entidad territorial, no se justifica que se establezca la regla especial.

El ámbito de la especialidad, por consiguiente, se debe acotar con un sentido funcional, vale decir, su medida la ofrece la necesidad de conciliar su condición genérica de entidad fundamental de la división político administrativa del Estado, con su condición única de Distrito Capital -sede de los órganos superiores del Estado- y capital del Departamento de Cundinamarca. Si, en verdad, fuese cierto que todo lo que concierne al Distrito Capital, es objeto de "ley especial", no se comprendería cabalmente por qué a éste se le aplican también, en lo no regulado por la Constitución y las "leyes especiales", las disposiciones vigentes para los demás municipios (C.P. art., 322). Esto quiere decir que el Distrito Capital, junto a los elementos que lo diferencian -a los cuales responde su régimen político, fiscal y administrativo especial-, posee en diverso grado los demás elementos que se encuentran en los municipios.

4. La prestación de servicios públicos es una actividad que cumplen tanto el Distrito Capital como los municipios. No se descubre en su prestación por parte del Distrito Capital ninguna particularidad que surja de las características que le son propias. La circunstancia de que la ciudad sea sede de los órganos superiores del Estado, no implica que los servicios públicos en su aspecto organizativo o material deban reflejar rasgos diferenciadores. En realidad, los servicios públicos responden a las necesidades de la población, no así a las vicisitudes político-administrativas que llevan a escoger un lugar del territorio nacional como capital del Estado y, al mismo tiempo, de un departamento. El ámbito de especialidad del régimen del Distrito

Capital, en consecuencia, no reclama como contenido suyo indispensable la regulación de los servicios públicos domiciliarios y de teléfonos, lo cual no quiere decir que sus órganos no puedan ocuparse de los mismos, sino que la ley ordinaria que los regule puede abarcar a esta entidad territorial en sus previsiones.

5. Corresponde a toda entidad territorial una esfera de autonomía, en orden a regular y gestionar las funciones y los intereses que les son propios, claro está, dentro de los límites de la Constitución y la ley (C.P. art., 287). En lo concerniente a los servicios públicos, sin embargo, la misma Constitución ha consagrado de manera expresa una reserva normativa en favor de la ley - "los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley" (C.P., art. 365)-, y ha señalado que "en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios". Lo anterior en razón de que la Constitución ha dispuesto que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de modo que es deber suyo asegurar su prestación a "todos" los habitantes del territorio nacional.

La adecuada prestación de los servicios públicos, resulta imprescindible como condición material para que el individuo y la colectividad puedan desarrollarse normalmente. Los destinatarios de los servicios públicos son "todos" los miembros de la comunidad, como corresponde a las exigencias sustanciales del principio de igualdad, el cual inspira el entero capítulo que la Constitución dedica a regular la materia. En efecto, los servicios públicos pretenden satisfacer necesidades humanas básicas, tanto las derivadas de su naturaleza como las que el progreso llega a imponer. La Constitución ha decidido que la calidad de la vida, por lo menos en sus aspectos básicos, no sea factor de diferenciación en el territorio nacional. El elemento "unitario" del Estado, no se edifica únicamente, como lo sostienen los defensores de la ley, con la consolidación de un mercado nacional único, no escindido, sino ante todo con la construcción de una nación que ofrezca a "todos" sus habitantes condiciones dignas de existencia, lo que ilustra por qué los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado.

La íntima vinculación de los servicios públicos con el derecho a la igualdad, además de las restantes disposiciones constitucionales que gobiernan la materia, abonan la tesis prohijada reiteradamente por la Corte, a cuyo tenor la ley puede regularla de manera uniforme, sin que ello signifique mengua a la autonomía de las entidades territoriales. El interés nacional resulta preponderante y, no sobra subrayarlo, de su efectiva promoción depende en buena parte la materialización del principio superior de la igual dignidad de todos los habitantes del territorio nacional, el que ya no se entiende como mero espacio físico, sino como lugar de realización plena de la persona humana. Por su parte, el interés local puede igualmente ser tomado en consideración, pero dentro del marco de la ley general. La Corte a este respecto debe recordar su doctrina constante, la que se expresa en los siguientes términos:

> "Si bien la autonomía busca la autodeterminación de las entidades territoriales en la gestión de sus propios intereses, la propia Constitución la delimita a partir de la concepción unitaria del Estado y de la reserva que hace para el legislador para la regulación de ciertas materias que, como lo relativo al establecimiento del régimen de los servicios públicos, se consideran vitales para los intereses de la comunidad nacional y no sólo de los regionales y locales, en lo relativo a las situaciones generales <u>que deben ser reglamentadas de manera uniforme, sin perjuicio de la especificidad de las regulaciones reglamentarias que deben hacerse por las entidades territoriales.</u>
>
> No se afecta en principio la autonomía de las entidades territoriales, porque el legislador establezca de modo general el régimen jurídico de dichos servicios, pues esa fue la

voluntad del Constituyente; ...librando a las entidades territoriales ciertos aspectos de naturaleza reglamentaria en relación con aquéllos asuntos no esenciales no regulados por el legislador, particularmente en los órdenes técnicos y operativos.

La norma acusada del art. 6 establece, como regla de principio, que los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, sin que ello autorice la constitución de un monopolio de derecho, lo cual, en parte, es una reiteración de lo dispuesto por el inciso final del artículo 367 de la Constitución" (Sentencia C-284 de 1997).

6. Se deduce de lo expuesto que, en modo alguno, el régimen especial del Distrito Capital, es óbice para que el Legislador, como titular de una reserva normativa expresa, pueda modificar, en sentido general, la ley por medio de la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios. La materia de la ley demandada -servicios públicos-, es ajena a las particularidades que sirven de sustento al régimen especial del Distrito Capital. En este punto no se justifica constitucionalmente un régimen separado para el Distrito Capital.

Por lo demás, la disposición legal demandada, en sí misma, no viola ninguna norma de la Constitución Política. La nueva tipología de empresa que la ley crea - empresa de servicios públicos-, corresponde a un esquema que tiene carácter homogéneo para todos los gestores de servicios, tanto por su objeto como por su forma societaria (sociedad por acciones). Se ha querido estimular la competencia y favorecer la posibilidad de que las empresas puedan acudir a una fuente constante y flexible de financiación patrimonial. En últimas se trata de un modelo de regulación que, al igual que otros, cabe dentro de la libre configuración normativa que la Constitución le reconoce al Legislador y que no desborda los límites constitucionales.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 2° de la Ley 286 de 1996, únicamente en relación con la materia estudiada en la presente sentencia.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-199
mayo 13 de 1998

RETENCION ADMINISTRATIVA-Finalidad sancionadora

La norma demandada atribuye a una autoridad administrativa la función de ordenar la privación de la libertad, sin previo mandamiento judicial, en aquellos casos en que se irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la Policía, en desarrollo de sus funciones, lo cual resulta atentatorio de la libertad personal y del mandato constitucional que prohíbe la detención sin orden judicial. Por dicha razón, dicha norma será declarada inexequible. Lo anterior, no obsta para que el servidor público uniformado de la policía, sujeto de la agresión pueda acudir ante la autoridad competente para que se investigue la conducta del infractor, por el irrespeto, amenaza o provocación de que ha sido víctima.

RETENCION ADMINISTRATIVA-Finalidad preventiva

La retención en el comando, de acuerdo con los numerales 2° y 3° de la disposición acusada, es una medida eficaz, que encuentra justificación en el ordenamiento constitucional. Sin embargo, cabe advertir que en la apreciación de las circunstancias que la motivan, las autoridades de policía, como autoridades administrativas, no pueden excederse en el ejercicio de sus funciones en relación con los objetivos perseguidos por la norma, pues con el argumento de que una persona se encuentra embriagada o en estado de grave excitación, no puede eliminarse el ejercicio legítimo de sus derechos. Por ello, la autoridad de policía al ejercer esta función preventiva, deberá justificar la retención en motivos fundados, objetivos y ciertos. En consecuencia, estima la Corte que las medidas consagradas en los numerales 2° y 3° de la disposición acusada, no equivalen propiamente a privación de la libertad sino a la adopción de una medida correctiva razonable, que no comportan una carga excesiva para el afectado, dada su corta duración, ni limitan la realización de los proyectos de vida individuales; en cambio, garantizan otros valores reconocidos constitucionalmente, como la prevalencia del interés general y la preservación del orden público.

Referencia: Proceso D-1851.

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 207 del Decreto 1355 de 1970.

Actor: Alberto Franco.

Magistrado Sustanciador: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá, D. C., mayo trece (13) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Alberto Franco promovió demanda ante la Corte Constitucional contra el artículo 207 del Decreto 1355 de

1970, la cual se procede a decidir, una vez tramitado el juicio correspondiente y previas las siguientes consideraciones.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

"Decreto 1355 de 1970

por el cual se dictan normas de Policía

Artículo 207. Compete a los Comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando:

1. Al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones.

2. Al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio.

3. Al que por estado grave de excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal".

II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El actor considera que el artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, viola los artículos 28 y 29 de la Constitución, por las siguientes razones:

A su juicio, la norma demandada al permitir la retención, que en términos jurídicos significa lo mismo que detención preventiva, está facultando a la policía a privar arbitrariamente a una persona de la libertad, porque no exige que para ello, las autoridades deban tener un mandamiento escrito de autoridad judicial competente con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley, tal como lo establece la Constitución. Es decir, que la facultad que la norma le atribuye a la policía es irregular, porque a las autoridades administrativas les esta vedado imponer *"motu propio"*, penas correctivas que entrañen la privación de la libertad.

Agrega el actor, que el artículo demandado no establece ni las condiciones, ni la duración de la retención; por lo tanto, concede a la policía un alto margen de apreciación, que ordinariamente se traduce en actuaciones arbitrarias en detrimento de los intereses de la ciudadanía, "más aún en un país como el nuestro, donde las autoridades de policía son propensas a violar las normas".

En su criterio, si bien era comprensible que la norma demandada subsistiera bajo la Constitución de 1886, porque el país permanecía en Estado de Sitio y la policía gozaba de funciones de Policía Judicial -circunstancia que propició grandes atropellos y violaciones de derecho fundamentales-, no es compatible con un Estado democrático, ni con los nuevos preceptos constitucionales que promulgan un orden justo y el ejercicio pleno de las libertades y garantías ciudadanas, permitir que las autoridades de policía, a su arbitrio, limiten la libertad de movimiento y priven de la libertad a una persona.

III. INTERVENCIONES

El Ministro del Interior y la Ministra de Justicia y del Derecho, intervinieron a través de apoderado, para defender la constitucionalidad de la norma demandada. Como los argumentos que presentaron en sus escritos son similares, serán resumidos conjuntamente a continuación:

El demandante parte de una errada interpretación del término "retención", al igualarlo con la figura de la detención preventiva. Es equivocada tal equiparación, porque estas medidas tienen finalidades y requisitos distintos: la primera, por ejemplo, comporta una actividad en

procura de la protección del detenido y de la comunidad en general, mientras que la detención, pretende garantizar la comparecencia del imputado en el proceso. Además, para que se haga efectiva esta última medida se requiere orden de autoridad judicial competente, mientras que para retener transitoriamente a una persona, no se necesita un procedimiento especial; simplemente que se verifiquen los hechos que la ley prevé.

Como la retención es una medida preventiva y no una sanción, es conveniente que las autoridades de policía puedan tomar medidas que impidan la posible comisión de hechos punibles, y así proteger a los habitantes del territorio en su libertad, tranquilidad, salubridad y moralidad. Es evidente entonces, que el irrespeto y provocación a las autoridades, la renuencia a ser acompañado al domicilio cuando la persona se encuentra en estado de embriaguez y la grave excitación, son conductas que atentan contra los parámetros básicos de convivencia y además, pueden conducir a quien los realiza a cometer hechos graves en perjuicio de terceros.

Señala el interviniente, que el actor olvida que el derecho a la libertad de movimiento no es un derecho absoluto sino relativo y, por tanto, en ciertas circunstancias pueden imponerse límites a su ejercicio. Indica que la disposición acusada no puede interpretarse aisladamente, sin tener en cuenta las consideraciones de las demás normas del Código Nacional de Policía. En ellas, por ejemplo, se establece que la policía debe ejercer sus funciones "por los medios y con los límites establecidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho", con lo cual se establecen límites a las actuaciones que deben seguir estas autoridades en cumplimiento de sus funciones. Además, según el artículo 192 de este Código, la retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas, disposición que desvirtúa el argumento del actor, en el sentido que el precepto no respeta el principio de legalidad.

IV.CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador General de la Nación, presentó un escrito solicitando la declaratoria de constitucionalidad del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Señala que la Policía Nacional, como organismo competente para preservar el orden público en el ámbito interno, cuenta con facultades de orden sancionatorio o correctivo y con atribuciones de prevención. Estas últimas, a su juicio, son necesarias especialmente para dar cumplimiento al mandato constitucional que obliga a los organismos estatales a proteger a las personas en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Según el Jefe del Ministerio Público, la disposición demandada no establece una sanción. Se trata de una medida correctiva que obedece a presupuestos diferentes y persigue actividades diversas. En efecto, la sanción busca la retribución, la educación, la resocialización y la prevención frente a nuevos atentados que pueda cometer el individuo o la sociedad; en cambio, las medidas correctivas persiguen la prevención, ya no de ulteriores atentados sino de perjuicios inminentes, que si bien no se han concretado, si las autoridades no actúan a tiempo, posiblemente se presentarán.

Además, y como bien lo señaló la Corte Suprema de Justicia -cuando ejercía las funciones de juez constitucional-, al estudiar el precepto acusado: "en estos casos se busca precisamente la protección de bienes fundamentales como la seguridad de las personas. Y el procedimiento idóneo para el efecto es el policivo y no el jurisdiccional. Sería absurdo exigir una decisión

judicial para obtener la retención de sujetos que se encontrasen en las condiciones que preveen los numerales referidos".

Finalmente, en criterio del Procurador, estas restricciones, al igual que el término de duración, deben ser mínimas, proporcionales, razonables y necesarias para lograr los fines preventivos propios del poder de policía. Al respecto, señala que "los tres eventos previstos en la norma demandada, tienen en común que tratan de inminentes violaciones a la ley penal que de no ser subsanadas en tiempo razonable, generarían consecuencias más gravosas a la persona que realiza tales conductas y a la sociedad. En el primer caso, la no prevención del atentado haría incurrir al individuo en el delito de violencia contra el empleado oficial o en el de perturbación de actos oficiales; en el segundo podría incurrir en un delito culposo y convertir al individuo en una víctima potencial de un atentado contra la vida, la integridad personal o el patrimonio; y, en el tercero, dado el contenido de la disposición, podría el agente quedar inmerso en cualquier actividad delictiva prevista en la legislación penal".

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corporación es competente para resolver la demanda formulada contra el artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5o. del artículo 241 de la Constitución.

2. El problema jurídico

Afirma el demandante que, la norma acusada viola el derecho a la libertad personal consagrado como regla general en el artículo 28 y el debido proceso reconocido en el artículo 29 de la Carta, porque permite a las autoridades de policía "retener en el comando" a una persona (que para el demandante equivale a detenerla preventivamente) sin la orden previa de una autoridad judicial competente; y además se viola el principio de legalidad, porque el artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, no establece el término ni las condiciones de la retención.

Por su parte, los impugnadores de la demanda manifiestan que esta norma se ajusta a la Carta, pues su finalidad es la de proteger al individuo y a la sociedad, al evitar que la persona retenida se involucre en conductas delictivas.

Se plantea entonces en el caso sub examine, la libertad y autonomía personal, frente al deber del Estado de proteger al ciudadano. Por tanto, el problema aducido se contrae a la determinación de si pueden las autoridades de policía restringir la autonomía y libertad de una persona, aún cuando no haya cometido una infracción a la ley penal, en razón a la necesidad de proteger los intereses del individuo y de la sociedad y en caso afirmativo ¿cuáles son los límites y alcances de esta restricción?

3. La finalidad preventiva de la retención en el comando como medida correctiva y de protección y la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 del Código Nacional de policía, la retención transitoria es una medida correctiva que consiste en "mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas" (art. 192) y, de acuerdo con el artículo acusado, esta procede cuando la persona "irrespete amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en desarrollo de sus funciones"; "deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio", o por su "estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal" (art. 207).

Según las causales establecidas en el artículo demandado, existen dos finalidades de la retención en el comando: por un lado, sancionar a una persona responsable por la comisión de una contravención de policía (numeral 1°) y por el otro, proteger la seguridad de los individuos a los que se aplica, y en general de la sociedad, frente a perjuicios que se consideran inminentes (numerales 2° y 3°).

La primera finalidad de esta medida, en principio, no comporta ningún reproche de constitucionalidad, porque es claro, que al legislador corresponde fijar la política criminal del Estado; sin embargo, la segunda finalidad, es decir de protección, en ocasiones resulta conflictiva, precisamente, porque el presupuesto general de la restricción de los derechos, no radica en el convencimiento de las autoridades de que el sujeto al que se le aplica es responsable de una falta, sino que encuentra su razón de ser en un pronóstico valorativo sobre su posible actuación. Por tanto, estima la Corte pertinente, antes de entrar a estudiar las causales que motivan la retención transitoria, referirse a la finalidad preventiva para aclarar cualquier duda acerca de su legitimidad.

Ahora bien, las medidas preventivas no tienen por finalidad reprimir, o en otros términos, no tienen el alcance de una sanción, que solo puede ser el resultado de un juicio previo, a través del cual se compruebe la responsabilidad del inculpado. Además, y en relación con lo anterior, porque no toda afectación de un derecho es sinónimo de sanción, y porque de acuerdo con el mismo ordenamiento constitucional, es posible decretar la prevención, a fin de garantizar un derecho actual o futuro.

La existencia de este tipo de instrumentos, se justifica en el marco del Estado de derecho y en el ordenamiento constitucional colombiano, por diferentes razones: en primer término, porque la Constitución establece como principio fundamental la prevalencia del interés general, y reconoce como fin esencial del Estado, la protección a "la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades" de los asociados (arts. 1° y 2° C.P.) y en consecuencia, asigna como deber primordial de las autoridades de policía "el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz" (art. 218 CN); en segundo término, porque en el ejercicio y goce de sus derechos, la persona no puede atentar contra intereses de terceros, pues no sólo los derechos no son absolutos en la medida en que prevalece el interés general, sino que en especial, debe respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, y debe obrar conforme al principio de solidaridad social, y debe igualmente, respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas y propender al logro y mantenimiento de la paz (art. 95, inciso 1° C.P.); en tercer término, porque los derechos no son absolutos y, por tanto, es dable imponerles límites (claro está derivados de la Constitución y la ley, y sin que con ello se anulen o desnaturalicen).

Así mismo, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, el Estado debe adoptar medidas de protección en favor de individuos que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como los *"menores, o los transitoriamente incapaces, incluso contra su voluntad aparente, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio, o se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellas"*[1].

[1] C-309 de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Por otra parte, el reconocimiento de la función preventiva o de protección, también ha tenido desarrollo jurisprudencial en esta Corporación. Así, en la sentencia SU-476 de 1997, al conceder la tutela de los derechos de los habitantes de un sector residencial, perjudicados por las alteraciones del orden público, en razón de las actividades de prostitución y travestismo, expresó en uno de sus apartes:

> *"...la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moral públicas, exige de las autoridades administrativas -poder de policía administrativo-, la adopción de medidas tendientes a* ***la prevención*** *de comportamientos particulares que perturben o alteren estas condiciones mínimas de orden público que impidan a los miembros de la sociedad o de una comunidad en particular, disfrutar de sus derechos sin causa legal que lo justifique" (negrillas fuera del texto)".*

Igualmente, en la sentencia C-024 de 1994, al analizar la medida de detención preventiva, señaló la Corporación que:

> *"La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces incompatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público".*

De esta manera, la finalidad de la retención en el comando es legítima y se justifica como medida correctiva de prevención, para proteger la seguridad y el bienestar de la comunidad y del mismo individuo, y en particular para garantizar y defender el interés general. Sin embargo, ello no significa que la Corte acepte cualquier causal como fundamento de la retención, ni reconozca un ámbito de abuso desmedido por parte de las autoridades de policía, pues la Constitución consagra también "la proscripción de todo acto de coerción física y moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona, sojuzgándola, sustituyéndola, omitiéndola, o reduciéndola indebidamente"[2].

Por lo tanto, la adopción de este tipo de medidas debe ser, entonces, excepcional, y solo cuando existen motivos "fundados, objetivos y ciertos", que comprometan gravemente valores constitucionales superiores; pues es evidente, que bajo el ropaje de la función preventiva, no es dable prohibir actividades que no afectan derechos de terceros y que constituyen para la persona opciones legítimas. Ello además es claro, porque el legislador, tratándose de mecanismos que restringen el ejercicio de la libertad, no tiene un margen de configuración absoluto, como más adelante se puntualizará.

Contrario a lo afirmado por el demandante, la retención en el comando consagrada en el Código Nacional de Policía, no equivale a la detención preventiva que contempla el artículo 28 de la Constitución, pues mientras que la retención, como medida correctiva, consiste en mantener a una persona por 24 horas en una estación de policía, en respuesta a una contravención, o como mecanismo de protección social e individual, la detención preventiva es una medida de seguridad ordenada por una autoridad judicial, que restringe el derecho a la libertad de una persona sindicada de haber cometido un delito, por el tiempo que sea necesario, para garantizar que comparezca al proceso y para "impedirle su fuga, la continua-

---

[2] Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

ción de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción.[3]"

Dada la diferencia en el grado de afectación de la libertad y en la finalidad que cada una de estas medidas persigue, no sería acertado afirmar, que para la retención en el comando se exigen los mismos requisitos que para la detención preventiva, en especial, que es necesario contar con orden previa de autoridad judicial competente. Sin embargo, como ya lo sostuvo la Corte, ello no quiere decir que las autoridades de policía puedan indiscriminadamente retener a un individuo, pues si bien esta medida es menos intensa que la detención preventiva, entre otras razones por su corta duración, también comporta un límite a la libertad personal, que es sin lugar a dudas la afectación más severa de una garantía constitucional[4].

Es claro que las condiciones para que una persona sea privada de la libertad deben ser fijadas previamente por la ley, y los supuestos de su afectación, deben regirse por el principio de excepcionalidad[5]. Esto quiere decir, que las autoridades administrativas sólo pueden adoptar las medidas necesarias y eficaces para el fin propuesto, y el remedio más enérgico, ha de ser siempre la última ratio[6]. Además, y no obstante existir una norma legal, el fundamento jurídico en el que se fundamenta la limitación debe estar ajustado a las causales previamente establecidas en la ley, es decir, "que simples invocaciones del interés general o de derechos de rango legal, no son suficientes para restringir el alcance del derecho"[7].

Igualmente, el legislador, al regular los supuestos en los que ha de operar la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, "fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente tal medida, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo"[8].

Por ello, en virtud de la diferencia existente contra la detención preventiva y la medida correccional de que trata los preceptos acusados, no puede hablarse de la existencia de cosa juzgada en relación con los pronunciamientos emanados anteriormente por esta Corporación, ni de la adopción de una nueva jurisprudencia, pues igualmente con anterioridad se había admitido por vía doctrinaria y en forma excepcional la adopción de medidas correccionales.

4. **Inconstitucionalidad del numeral 1o. del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970**

Finalidad sancionadora: La retención "al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en desarrollo de sus funciones" (numeral 1°).

Dado que la disposición mencionada, contenida en el Decreto examinado, de acuerdo con lo expuesto, tiene el carácter de sanción que implica la privación de la libertad, para la Corte dicha norma vulnera el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia.

En efecto, la norma demandada atribuye a una autoridad administrativa la función de ordenar la privación de la libertad, sin previo mandamiento judicial, en aquellos casos en que

---

[3] Ver, entre otras, Corte Constitucional. Sentencias C-301 de 1995, C-395 de 1994, C- 024 de 1994 y C-327 de 1997.

[4] Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

[5] Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

[6] Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[7] Corte Constitucional. Sentencia T-532 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver, además, sentencia C-309 de 1997.

[8] Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

se irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la Policía, en desarrollo de sus funciones, lo cual resulta atentatorio de la libertad personal y del mandato constitucional que prohibe la detención sin orden judicial. Por dicha razón, dicha norma será declarada inexequible. Lo anterior, no obsta para que el servidor público uniformado de la policía, sujeto de la agresión pueda acudir ante la autoridad competente para que se investigue la conducta del infractor, por el irrespeto, amenaza o provocación de que ha sido víctima.

5. **Examen del cargo contra los numerales 2° y 3° del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970**

Finalidad preventiva: La retención transitoria aplicada a quien "deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio" (numeral 2°) y "al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal (numeral 3°).

A juicio de la Corte, las anteriores previsiones constituyen verdaderas medidas de protección y no contrarían la Constitución, por las siguientes razones:

En primer lugar, dicha medida correccional tiene una finalidad legítima, pues pretende salvaguardar valores constitucionales como la vida o la integridad personal. Es evidente, que una persona en un estado momentáneo de debilidad, puede llegar a afectar intereses de terceros que ella misma estima valiosos cuando se encuentra en pleno uso de sus facultades; porque es un hecho ineludible, que el consumo de alcohol, y los estados de intensas emociones, en un elevado número de personas, "ocasionan el relajamiento de lazos inhibitorios y la consiguiente exteriorización de actitudes violentas"[9].

Pero además, esta medida también protege al sujeto sobre el cual recae, porque en un estado transitorio de incompetencia para tomar decisiones libres, puede él mismo atentar contra su vida o su salud, o provocar a otros para que lo hagan. Por ejemplo, en el caso de la embriaguez, según un informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en 1996 el 58% de las víctimas por muerte violenta, el 58% de los suicidas, el 51% de las víctimas por accidentes de tránsito y el 31% por otros accidentes, presentaban altos índices de consumo de alcohol[10].

Por otra parte, es una medida correctiva eficaz, ya que el retenido está bajo la protección de las autoridades, quienes pueden actuar de manera inmediata, frente a eventuales perjuicios contra valores esenciales del ordenamiento, y no existen medios eficaces menos onerosos, para lograr la finalidad constitucional planteada, pues es claro que la multa, la promesa de buena conducta o la conminación, no modifican el estado actual de incompetencia transitoria del sujeto, que es el supuesto fáctico en el que se funda y justifica esta medida de protección. Además, y en el caso de la embriaguez, la norma contempla que las autoridades de policía ya han intentado acompañar a la persona a su lugar de residencia, pero ante su renuencia, no les queda otro camino que conducirla a la estación.

Así mismo, es evidente que la carga que se impone a la persona es mínima, pues el tiempo de la retención no puede exceder las 24 horas, mientras que el beneficio -proteger la vida y la integridad de las personas-, es significativamente mayor.

---

[9] Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

[10] Gloria Inés Suárez, Mónica María García y Wilson Hernández. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Centro Nacional de Referencia para la Violencia. En Boletín Epidemológico Distrital. 1997.

De igual manera, es claro que esta medida correctiva de carácter transitorio comporta la formulación de un reproche por la ingestión de bebidas alcohólicas, o por el estado de grave excitación. Simplemente, descansan en predicciones o cálculos de riesgo, sobre las consecuencias indeseables que pueden producirse a raíz de las alteraciones psicosomáticas, momentáneas, en el individuo.

Por lo tanto, estima la Corte que la retención en el comando, de acuerdo con los numerales 2° y 3° de la disposición acusada, es una medida eficaz, que encuentra justificación en el ordenamiento constitucional. Sin embargo, cabe advertir que en la apreciación de las circunstancias que la motivan, las autoridades de policía, como autoridades administrativas, no pueden excederse en el ejercicio de sus funciones en relación con los objetivos perseguidos por la norma, pues con el argumento de que una persona se encuentra embriagada o en estado de grave excitación, no puede eliminarse el ejercicio legítimo de sus derechos. Por ello, la autoridad de policía al ejercer esta función preventiva, deberá justificar la retención en motivos fundados, objetivos y ciertos.

En consecuencia, estima la Corte que las medidas consagradas en los numerales 2° y 3° de la disposición acusada, no equivalen propiamente a privación de la libertad sino a la adopción de una medida correctiva razonable, que no comportan una carga excesiva para el afectado, dada su corta duración, ni limitan la realización de los proyectos de vida individuales; en cambio, garantizan otros valores reconocidos constitucionalmente, como la prevalencia del interés general y la preservación del orden público.

Ahora bien, no obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta que dado el amplio margen de apreciación que se le reconoce a la autoridad de policía para imponer la medida de retención en el comando, en ocasiones puede hacerse uso indebido de esta potestad, e incurrir en actuaciones arbitrarias en detrimento de los derechos y garantías ciudadanas. Por ello, la Corte entiende, que tratándose de una medida correctiva como la examinada que en cierto modo restringe el ejercicio de la libertad personal reconocida como un valor esencial en el ordenamiento, es indispensable que en su aplicación las autoridades de policía actúen dentro de un marco razonable y prudente sin que puedan ocasionar lesiones de cualquier orden en contra de la integridad física de quien se encuentra en los estados previstos en las normas *sub exámine.*

Por consiguiente se declararán exequibles los numerales 2o y 3o del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970.

VI. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Declarar INEXEQUIBLE el numeral 1° del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970.

Segundo. Declarar EXEQUIBLES los numerales 2° y 3° del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
-Con salvamento de voto-

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
-Con salvamento de voto-

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)
-Con salvamento parcial de voto-

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado
-Con salvamento parcial de voto-

FABIO MORON DIAZ, Magistrado
-Con salvamento parcial de voto-

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA C-199
mayo 13 de 1998

MEDIDAS CORRECTIVAS-Aplicación por funcionarios de Policía

Estimo que el artículo cuestionado no establece una sanción en su numeral 1°, pues se trata de una medida correctiva que obedece a una finalidad y un presupuesto diferente al de una restricción de la libertad personal, como quiera que se refiere a un mecanismo que busca la educación, y la prevención frente a comportamientos de ciudadanos con relación a los uniformados que se encuentran en ejercicio de sus funciones. En materia de medidas correctivas ellas deben sujetarse en su aplicación, al debido proceso, propios de un estado social de derecho, por lo tanto a la luz de la Carta Política de 1991, este tipo de mecanismos deben acatar el artículo 29 de la Constitución Política, esto es al desarrollo previo de un proceso sumario que garantice al presunto infractor el derecho a la defensa, sin que con ello se desconozca la autoridad de que están investidos los funcionarios de policía ni su capacidad y calificación; en consecuencia, las medidas correctivas que imponen los comandantes de estación y de subestación, al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la Policía, en ejercicio de sus funciones no tienen el carácter de condenas o sanciones, sino que son medidas que adoptan, excepcionalmente, dichos funcionarios, con el objeto de garantizar el cumplimiento de sus deberes esenciales.

El Magistrado abajo firmante, con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, deja constancia de las razones que me conducen a apartarme de la providencia por la que se resuelve la demanda de la referencia y que me impone el deber de salvar, parcialmente, el voto respecto a la declaratoria de inexequibilidad del numeral 1° del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970.

Las siguientes son las razones jurídicas constitucionales que me motivan para adoptar esta decisión:

1. Es la Policía Nacional, el organismo competente para preservar el orden público en el ámbito interno, el cual cuenta con facultades correctivas y con atribuciones de prevención, necesarias para el cumplimiento de la protección de la vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades.

2. De igual modo y con el mismo respeto y consideración por la providencia adoptada, estimo que el artículo cuestionado no establece una sanción en su numeral 1°, pues se trata de una medida correctiva que obedece a una finalidad y un presupuesto diferente al de una restricción de la libertad personal, como quiera que se refiere a un mecanismo que busca la educación, y la prevención frente a comportamientos de ciudadanos con relación a los uniformados que se encuentran en ejercicio de sus funciones.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha considerado siempre que la existencia de este tipo de instrumentos, se justifica en el marco del Estado de derecho y en el ordenamiento constitucional colombiano por diferentes razones: en primer término, porque la Constitución establece como principio fundamental a la prevalencia del interés general, y reconoce como fin esencial del Estado, la protección a "la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades" de los asociados (arts. 1° y 2° C.P.) y en consecuencia, asigna como deber patrimonial de las autoridades de policía "el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz" (art. 218 CN); en segundo término, porque en el ejercicio y goce de sus derechos, la persona no puede atentar contra intereses de terceros, pues no sólo los derechos no son absolutos en la medida en que prevalece el interés general, sino que en especial, debe respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, y debe obrar conforme al principio de solidaridad social, y debe igualmente, respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas y propender al logro y mantenimiento de la paz (art. 95, inciso 1° C.P.); en tercer término, porque los derechos no son absolutos y, por tanto, es dable imponerles límites (claro está derivados de la Constitución y la ley, y sin que con ello se anulen o desnaturalicen).

3. De otra parte, estimo que el precepto acusado, esto es el numeral 1° del artículo 207 del Código Nal. de Policía busca precisamente la protección y seguridad de los funcionarios uniformados de Policía, para lo cual el procedimiento idóneo es el policivo y no el judicial; por lo tanto, estas restricciones, al igual que el término de su duración, deben ser mínimos, proporcionales, razonables y necesarios para lograr los fines preventivos propios del poder de policía y al mismo tiempo prever atentados y violaciones a la ley penal; no obstante lo anterior, estimo que en materia de medidas correctivas ellas deben sujetarse en su aplicación, al debido proceso, propios de un estado social de derecho, por lo tanto a la luz de la Carta Política de 1991, este tipo de mecanismos deben acatar el artículo 29 de la Constitución Política, esto es al desarrollo previo de un proceso sumario que garantice al presunto infractor el derecho a la defensa, sin que con ello se desconozca la autoridad de que están investidos los funcionarios de policía ni su capacidad y calificación; en consecuencia, las medidas correctivas que imponen los comandantes de estación y de subestación, al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la Policía, en ejercicio de sus funciones no tienen el carácter de condenas o sanciones, sino que son medidas que adoptan, excepcionalmente, dichos funcionarios, con el objeto de garantizar el cumplimiento de sus deberes esenciales.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-199
mayo 13 de 1998

RETENCION ADMINISTRATIVA-Inconstitucionalidad

Resulta evidente que, por muchas razones que se puedan esgrimir para defender, en el plano de sus bondades, la posibilidad de que los comandantes de estaciones y subestaciones de Policía apliquen medida correctiva de retención -que no de "retenimiento", como dice el artículo-, no puede ella aceptarse a la luz de la actual Constitución. Si fuera correcta la apreciación que se consigna en el Fallo del cual discrepo en el sentido de que se busca apenas una finalidad preventiva, lo lógico sería que la persona retenida quedara en libertad de manera inmediata una vez se estableciera que el estado de embriaguez o de grave excitación ha pasado. Pero en realidad acontece que la medida autorizada tiene en la misma norma la denominación de "correctiva", lo que a mi juicio no corresponde a nada distinto de una verdadera sanción. Y, por lo tanto, la exequibilidad de los numerales 2° y 3°, alusivos a tales circunstancias, provocará que, aun varias horas después de haber desaparecido el estado subjetivo de peligro (embriaguez o excitación), el "retenimiento" haya de continuar hasta cumplir el término de la medida correctiva. Ello es inconstitucional. La incoherencia de lo resuelto es ostensible, por cuanto la medida correctiva de la que se trata está contemplada en el encabezamiento de la norma como aplicable a las tres hipótesis contenidas en sus numerales, es decir, la disposición que consagra la facultad para los comandantes de estación y de subestación -que es precisamente lo inconstitucional en cuanto se trata de autoridades no judiciales- gobierna por igual los tres casos. Nada diferente de motivos de conveniencia -repito que inaceptables para la Corte- puede dar lugar a entender que mientras el primero de tales eventos es inexequible en relación con la competencia de las autoridades de policía para ordenar la retención, los dos segundos, que se refieren también a esa competencia, son exequibles.

Referencia: Expediente D-1851.

Manifiesto las razones de mi discrepancia con el fallo adoptado en la fecha, por cuando considero que el artículo objeto de demanda ha debido ser declarado inexequible en su totalidad.

Me identifico con las razones que exponen los H. magistrados, Drs. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, en el sentido de que, por una parte, los mismos motivos de inconstitucionalidad del numeral 1° de la norma acusada han debido servir en sana lógica y según la doctrina de la Corte para declarar que eran inexequibles -como a mi modo de ver lo eran- los numerales 2° y 3° del mismo precepto.

También coincido con ellos en sus apreciaciones, a su vez firmemente sostenidas en reiterada jurisprudencia de esta Corte, sobre el carácter estricto de los mandatos constituciona-

les relativos a la garantía de que las autoridades administrativas carecen de competencia para ordenar que una persona sea privada de su libertad.

En efecto, no puede olvidarse que el Constituyente de 1991 modificó de manera terminante los requisitos que exigía la Constitución de 1886 para la detención preventiva y en general para cualquier forma de privación de la libertad personal, señalando que el mandamiento escrito que ordene medida semejante debe provenir de "autoridad judicial competente" (art. 28 C.P.). (Subrayo).

Es más, el Constituyente suprimió el artículo 28 de la anterior Carta Política, que permitía, aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, que fueran aprehendidas y retenidas mediante orden del Gobierno, y previo dictamen de los ministros, las personas contra quienes hubiese graves motivos para sospechar que atentaban contra la paz pública.

En materia de penas, la Constitución de 1991 eliminó las denominadas "*in continenti*", previstas en el antiguo artículo 27 de dicho Estatuto Fundamental, que permitían formas de sanción muy similares a las que se consagraron por el legislador en el artículo enjuiciado.

Así, los funcionarios que ejercieran autoridad o jurisdicción estaban expresamente facultados para arrestar a cualquiera que los injuriase o les faltase al respeto en el acto en que estuviesen desempeñando las funciones de su cargo; los jefes militares podían recurrir a idéntica medida para contener insubordinaciones o motines militares o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo; los capitanes de buque, no estando en puerto, gozaban de la misma facultad, de rango constitucional, para reprimir delitos a bordo.

Que sea conveniente o no la nueva estructura constitucional al respecto, es algo que a esta Corte no corresponde establecer, ni puede constituir argumento válido para el cumplimiento de su tarea de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política adoptada en 1991, cuya filosofía debe realizarse -esa es la responsabilidad de la Corte- a plenitud.

Entonces, para el suscrito Magistrado resulta evidente que, por muchas razones que se puedan esgrimir para defender, en el plano de sus bondades, la posibilidad de que los comandantes de estaciones y subestaciones de Policía apliquen medida correctiva de retención -que no de "retenimiento", como dice el artículo-, no puede ella aceptarse a la luz de la actual Constitución.

Las excepciones a esa regla están consagradas explícitamente en el artículo 32 de la Carta, para el caso del delincuente sorprendido en flagrancia y además, para las situaciones de verificación de identidad, esta Corte, en Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994 (M.P.: Doctor Alejandro Martínez Caballero), dedujo del mismo artículo 28 constitucional la detención preventiva administrativa -que no parte de las mismas hipótesis ni tiene que ver con las causales contempladas por la norma bajo examen-, la cual, según dijo la Sentencia tiene que basarse en razones objetivas y en motivos fundados, más allá de la simple sospecha, que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que una persona está vinculada a actividades criminales, y desde luego por el tiempo estrictamente necesario y para el solo efecto de verificar los hechos correspondientes, con cargo en todo caso de ponerla a disposición del juez competente a más tardar dentro de las 36 horas.

En los casos materia de estudio en este proceso, so pretexto de una protección a la persona, en realidad se la sanciona mediante la privación de su libertad por orden de una autoridad que no es judicial, contra el claro texto de la Constitución Política.

Si fuera correcta la apreciación que se consigna en el Fallo del cual discrepo en el sentido de que se busca apenas una finalidad preventiva, lo lógico sería que la persona retenida quedara en libertad de manera inmediata una vez se estableciera que el estado de embriaguez o de grave excitación ha pasado. Pero en realidad acontece que la medida autorizada tiene en la misma norma la denominación de "correctiva", lo que a mi juicio no corresponde a nada distinto de una verdadera sanción. Y, por lo tanto, la exequibilidad de los numerales 2° y 3°, alusivos a tales circunstancias, provocará que, aun varias horas después de haber desaparecido el estado subjetivo de peligro (embriaguez o excitación), el "retenimiento" haya de continuar hasta cumplir el término de la medida correctiva. Ello es inconstitucional.

Finalmente, debo deplorar que mediante este Fallo se haya modificado no sólo una jurisprudencia reiterada y firme como la que había sentado la Corte, sino el alcance mismo del artículo 28 de la Constitución, en su letra y en su espíritu.

Además, la incoherencia de lo resuelto es ostensible, como lo sugieren también los magistrados Gaviria y Martínez, por cuanto la medida correctiva de la que se trata está contemplada en el encabezamiento de la norma como aplicable a las tres hipótesis contenidas en sus numerales, es decir, la disposición que consagra la facultad para los comandantes de estación y de subestación -que es precisamente lo inconstitucional en cuanto se trata de autoridades no judiciales- gobierna por igual los tres casos. Nada diferente de motivos de conveniencia -repito que inaceptables para la Corte- puede dar lugar a entender que mientras el primero de tales eventos es inexequible en relación con la competencia de las autoridades de policía para ordenar la retención, los dos segundos, que se refieren también a esa competencia, son exequibles.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-199
mayo 13 de 1998

RETENCION ADMINISTRATIVA-Inconstitucionalidad

Las autoridades administrativas no tienen competencia, según la Constitución y la doctrina de la Corte, para privar a las personas de su libertad. A propósito de la libertad de las personas, ella no puede verse afectada por el ejercicio de las competencias así atribuídas a las autoridades de policía. Es claro que la sentencia de la que disentimos desconoce la doctrina de la Corporación sobre el alcance del artículo 28 Superior; los numerales 2° y 3° del artículo acusado también debieron ser declarados inexequibles, pues a través de ellos se faculta a las autoridades de Policía para privar a las personas de su libertad, sin cumplir con las exigencias mínimas establecidas en la Constitución: orden escrita de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por los motivos señalados en la ley. No existen razones suficientes, ni en la Sentencia se consignan, que permitan establecer con certeza que las personas embriagadas o bajo grave excitación, atenten por ese solo hecho contra la convivencia ciudadana, o contra los derechos de los demás, es decir que necesariamente incurran en conductas delictivas que las hagan merecedoras de una sanción o de una medida como la que contiene el artículo 207. Bajo los principios de dignidad y de libertad que inspiran la Constitución, no es posible presuponer que el embriagado o el emocionalmente alterado, es potencialmente peligroso y que deba privársele de la libertad; sólo en el evento en que la conducta delictiva se realice, y previa orden judicial, se puede detener a la persona en las circunstancias descritas; de lo contrario se desconocen no sólo los derechos a la libertad y al debido proceso, sino a la presunción de inocencia.

RETENCION ADMINISTRATIVA-Proporcionalidad de la medida

Es claro que la privación de la libertad contemplada en el artículo 207 del Código Nacional de Policía, resulta desproporcionada para los eventos contemplados en sus numerales 2° y 3°, si se la compara con la amonestación en privado, máxima sanción que las autoridades de policía pueden imponer "al que en vía pública riña o amenace a otros", o con la de presentación periódica ante el Comando, que las mismas autoridades pueden imponer "al que reincida en riña o pelea"; en los últimos dos casos, algún daño se ocasionó a otro y no por ello se pierde la libertad a órdenes de un funcionario administrativo; en cambio en los casos contemplados en los numerales 2 y 3 del artículo 207, se priva de la libertad a quien no ha causado daño alguno y, posiblemente, no lo ocasionará.

Referencia: Expediente D-1851.

Actor: Alberto Franco.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Los suscritos magistrados compartimos la posición mayoritaria en el sentido de haber declarado la inexequibilidad del numeral 1° del artículo 207 del Decreto 1355 de 1997; no obstante, discrepamos respetuosamente de la declaratoria de exequibilidad de los numerales 2° y 3° de la precitada norma.

Las razones que nos llevan a apartarnos de esa última decisión pueden resumirse así:

1. Las autoridades administrativas no tienen competencia, según la Constitución y la doctrina de la Corte, para privar a las personas de su libertad.

Según la sentencia adoptada por la mayoría, la policía sí tiene competencia para aprehender, durante 24 horas, a la persona que se encuentre en cualquiera de las circunstancias descritas en los numerales 2° y 3° de la norma acusada; dicha retención, dicen, consiste en una medida preventiva que no puede calificarse como sanción, pues ésta sólo puede imponerse luégo de agotarse un proceso previo, a través del cual se compruebe la responsabilidad del inculpado.

Trátese de medida preventiva y protectora o de sanción, la doctrina constitucional sobre la aplicación de justicia por autoridad administrativa fue sentada en la sentencia número 212 de 1994[1], al estudiar el alcance del artículo 116 Superior. En dicho fallo esta Corporación aclaró quiénes, según la Carta Política, pueden aplicar justicia y fijó los límites de la competencia atribuida a las autoridades de policía para juzgar a quien incurra en una contravención.

En el aparte más significativo dijo esta Corporación en el mencionado fallo:

> *"Así, pues, el artículo 116, como otras disposiciones constitucionales, establece por regla general que la función de administrar justicia corresponde a la Corte Constitucional, a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado, al Consejo Superior de la Judicatura, a la Fiscalía General de la Nación, a los tribunales y a los jueces, pero establece la posibilidad de que órganos ajenos a la Rama Judicial también lo hagan: así, el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales -tal es el caso de las atribuidas en los artículos 174 y 178 de la Constitución- y excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Aun los particulares pueden ser investidos transitoriamente de dicha función cuando actúen como conciliadores o árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*
>
> *"Se trata de una excepción al principio general y, por tanto, su alcance es restrictivo: únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible, siempre que no adelanten la instrucción de sumarios ni juzguen delitos.*
>
> *"Ahora bien, si los señalados requisitos se cumplen, la norma legal que desarrolle la previsión constitucional es, en principio, exequible. Tal ocurre con la asignación de competencias a inspectores penales de policía, inspectores de policía y alcaldes para fallar sobre contravenciones especiales sancionables con pena distinta de la privación de la libertad" (subraya fuera del texto).*

[1] M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

A propósito de la libertad de las personas, la Corte insistió en la sentencia citada, en que ella no puede verse afectada por el ejercicio de las competencias así atribuidas a las autoridades de policía, y explicó los alcances del artículo 28 Superior:

"Resulta, pues, ajustado a la Constitución que el legislador confíe de manera excepcional a funcionarios distintos de los jueces, como es el caso de los inspectores penales de policía, los inspectores de policía y los alcaldes, la función precisa de administrar justicia en el ámbito propio de las contravenciones especiales.

"Pero ha advertido la Corte que ello es así siempre que la respectiva contravención no sea castigada con pena privativa de la libertad.

"Se introduce la distinción que antecede por cuanto el artículo 28 de la Constitución de 1991 modificó radicalmente la normatividad que venía rigiendo, incorporada a la Carta Política de 1886 y sus reformas.

"El artículo 28 del Estatuto Fundamental vigente brinda una mayor protección a la libertad personal cuando establece que nadie podrá ser reducido a prisión ni arresto ni detenido 'sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley'. (se subraya).

"Lo dicho significa, ni más ni menos, que el Constituyente reservó de manera exclusiva y específica a los jueces de la República la potestad de ordenar la privación de la libertad de las personas, así sea preventivamente. Esto, desde luego, con las salvedades que se derivan del inciso 2° del mismo artículo 28, a las cuales se refirió la Corte en Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994 (Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero) y las relativas a los casos de flagrancia previstos en el artículo 32 *eiusdem*. (énfasis fuera del texto)

"La normatividad constitucional en esta materia es terminante. La nueva Carta, a la vez que introdujo la exigencia expresa en cuanto a la naturaleza judicial del órgano que ordene la privación de la libertad, suprimió totalmente la posibilidad de aprehensiones mediante determinación del Ejecutivo por razones de orden público (artículo 28 de la Carta Política anterior).

"El mandato de autoridad judicial es elemento esencial dentro del conjunto de requisitos exigidos para toda forma de detención, prisión o arresto, a tal punto que si en un caso concreto la privación de la libertad proviniere de funcionario perteneciente a otra rama u órgano del poder público, se configuraría la inconstitucionalidad del procedimiento y sería aplicable el artículo 30 de la Carta (Habeas Corpus), como mecanismo apto para recuperar la libertad." (se subraya).

Así, pues, en el mencionado fallo se reitera la doctrina sentada en la Sentencia C-175 de 1993[2], en la que, igualmente, se dejó claramente establecido que la autoridades de policía no tienen competencia para imponer la sanción de arresto a los miembros de la Policía Nacional.

En esa oportunidad la Corte advirtió que:

> *"...el artículo 5°. del Decreto 2010 de 1992, materia de examen, es inconstitucional por consagrar la sanción de arresto severo como pena imponible a los miembros de la Policía Nacional por parte de autoridades administrativas pertenecientes a dicha Institución y como consecuencia de la violación del régimen de disciplina y honor de la Institución, contenido en el decreto 100 de 1989.*

[2] M.P. Doctor Carlos Gaviria Díaz

"Dicha pena se encuentra definida en el artículo 93 del citado estatuto disciplinario en los siguientes términos: "El arresto severo consiste en la obligación que tiene el infractor de permanecer aislado dentro de las instalaciones de la unidad, dedicado a la ejecución de tareas útiles que le señale el director" y encaja dentro de las penas privativas de la libertad además de identificarse con la consagrada en materia criminal, pues contiene los mismos elementos que la identifican como tal, a saber: el aislamiento y el trabajo (énfasis fuera de texto).

"Es que la Constitución Política de Colombia es celosa en la guarda de la libertad personal y no es un azar que el artículo 28 establezca como condición esencial para que a una persona se le prive de su libertad, el que sea un juez de la República quien la decrete, con la rigurosa observancia de las demás exigencias que allí mismo se señalan" (se resalta).

De conformidad con lo anteriormente transcrito, es claro que la sentencia de la que disentimos desconoce la doctrina de la Corporación sobre el alcance del artículo 28 Superior; los numerales 2° y 3° del artículo acusado también debieron ser declarados inexequibles, pues a través de ellos se faculta a las autoridades de Policía para privar a las personas de su libertad, sin cumplir con las exigencias mínimas establecidas en la Constitución: orden escrita de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por los motivos señalados en la ley.

La incompetencia de los Comandantes de estación o de subestación de Policía para privar a una persona de la libertad, sería el principal y único argumento para que la totalidad del artículo acusado hubiera sido declarado inconstitucional, tal como se expuso en la ponencia derrotada. Sin embargo, como en la sentencia de la que discrepamos se esgrimen otras razones para justificar la constitucionalidad de los numerales 2° y 3° del artículo 207, haremos una breve referencia a ellas, en la medida en que también se apartan de la doctrina de la Corte.

2. La protección de los derechos a la vida y a la integridad física, del derecho a la salud, y del interés general, tampoco justifican la retención de una persona en las circunstancias descritas en los numerales 2° y 3° del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, como se pasa a explicar:

a. Protección de la vida y de la integridad personal

En la sentencia referida, se afirma que la medida correccional consistente en retener a una persona en una estación o subestación de policía en caso de embriaguez o de grave excitación se justifica porque "pretende salvaguardar valores constitucionales como la vida o la integridad personal", los que pueden verse afectados o amenazados porque "el consumo de alcohol y los estados de intensas emociones en un elevado número de personas", puede provocar una deshinibición tal, que el sujeto, sin control de sus emociones, puede actuar violentamente. Tanto es así, se dice en la providencia, que en la Sentencia C-221 de 1994[3], se afirmó que "el relajamiento de lazos inhibitorios y la consiguiente exteriorización de actitudes violentas", puede ser el resultado de la ingestión de bebidas embriagantes.

Pero, no puede olvidarse que, a renglón seguido, y a propósito de esa afirmación, se advirtió en el mismo fallo citado en la sentencia: "...dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados. Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace".

---

[3] M.P. Doctor Carlos Gaviria Díaz

Y es que no existen razones suficientes, ni en la Sentencia se consignan, que permitan establecer con certeza que las personas embriagadas o bajo grave excitación, atenten por ese solo hecho contra la convivencia ciudadana, o contra los derechos de los demás, es decir que necesariamente incurran en conductas delictivas que las hagan merecedoras de una sanción o de una medida como la que contiene el artículo 207. Bajo los principios de dignidad y de libertad que inspiran la Constitución, no es posible presuponer que el embriagado o el emocionalmente alterado, es potencialmente peligroso y que deba privársele de la libertad; sólo en el evento en que la conducta delictiva se realice, y previa orden judicial, se puede detener a la persona en las circunstancias descritas; de lo contrario se desconocen no sólo los derechos a la libertad y al debido proceso, sino a la presunción de inocencia.

b. Protección de la salud.

Según la posición mayoritaria, la retención del embriagado o del emocionalmente alterado, tiene también como finalidad la de proteger su salud; pero, tampoco este argumento tiene justificación a la luz de la Constitución y de la jurisprudencia de la Corte.

A este propósito, en la Sentencia número T-493 de 1993[4], se sentó una importante doctrina al negar una tutela mediante la cual se pretendía imponer un tratamiento médico a quien padecía una enfermedad grave, pues, juzgó esta Corporación que de otorgar tal amparo coartaría la libertad de la enferma para decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interferiría indebidamente "en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida". A su turno, en la Sentencia número C-221, ya citada, se dijo que "cada quien es libre de decidir si es o no del caso recuperar su salud. Ni siquiera bajo la vigencia de la Constitución anterior, menos pródiga y celosa de la protección de los derechos fundamentales de la persona, se consideraba que el Estado fuera el dueño de la vida de cada uno...".

Por lo demás, la prohibición de las políticas perfeccionistas y la procedencia de las "medidas de protección coactiva a los intereses de la propia persona", quedaron sentadas en la doctrina constitucional en los términos de la sentencia C-309/97[5]:

> *"En Colombia, las políticas perfeccionistas se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. En efecto, esas políticas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo. Además, en virtud de tales medidas, las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la autonomía, que etimológicamente significa precisamente la capacidad de la persona de darse sus propias normas. Por el contrario, las medidas de protección coactiva a los intereses de la propia persona no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, ni con el reconocimiento del pluralismo y de la autonomía y la dignidad de las personas, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva*

[4] M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell

[5] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado".

Pero, a renglón seguido, esta Corporación añadió a su doctrina el requisito de la proporcionalidad, para evitar que la medida de protección se convierta en política perfeccionista; dijo esta Corporación:

"Muy ligado a lo anterior, la Corte considera también que la sanción prevista por la vulneración de una medida de protección no puede ser exagerada en relación al interés que se pretende proteger, no sólo por cuanto la proporcionalidad de las sanciones es un principio que orienta siempre el derecho punitivo, sino además porque la previsión de penas que no sean excesivas es una garantía para evitar que una política de esta naturaleza se vuelva perfeccionista".

Desde este punto de vista, es claro que la privación de la libertad contemplada en el artículo 207 del Código Nacional de Policía, resulta desproporcionada para los eventos contemplados en sus numerales 2° y 3°, si se la compara con la amonestación en privado, máxima sanción que las autoridades de policía pueden imponer "al que en vía pública riña o amenace a otros" (art. 201 C.N.P.), o con la de presentación periódica ante el Comando, que las mismas autoridades pueden imponer "al que reincida en riña o pelea" (art. 206 C.N.P.); en los últimos dos casos, algún daño se ocasionó a otro y no por ello se pierde la libertad a órdenes de un funcionario administrativo; en cambio en los casos contemplados en los numerales 2 y 3 del artículo 207, se priva de la libertad a quien no ha causado daño alguno y, posiblemente, no lo ocasionará.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

Me adhiero a este salvamento de voto

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA C-200
mayo 13 de 1998

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Terminación unilateral del concesionario no vulnera interés general

Cuando se trata del contrato de concesión de espacios de televisión, el interés general no se identifica con un interés patrimonial de la CNTV, ni esta agencia estatal es la llamada a definirlo. En esta materia, el interés general concuerda con el que tiene cualquier usuario del servicio público en su prestación eficiente, objetivo que la CNTV debe hacer prevalecer sobre los intereses particulares de los concesionarios y, también, sobre cualquier interés atribuible a la Comisión, que se aparte de lo previsto en el ordenamiento. Si el interés general se concreta en la prestación eficiente del servicio, no necesariamente es contraria al mismo la renuncia a la concesión del titular que, por una u otra razón, no puede continuar ejecutando el contrato hasta agotar el término pactado; esa renuncia a la concesión sólo eventualmente es favorable a los intereses de quien la realiza y se priva de continuar explotando una actividad que es lucrativa, y lo seguirá siendo mientras el acceso al uso del espectro electromagnético sea un bien escaso.

COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Su actividad es regulada por el legislador

Toda actividad que válidamente realice la CNTV, debe haberle sido atribuida por la Constitución y la ley, y a cargo de ese organismo sólo está "la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley". Además, si el legislador puede modificar el régimen contractual de las concesiones de espacios de televisión en pro del interés general y, válidamente puede afectar las expectativas de los concesionarios, con mayor razón puede alterar las del órgano administrativo al que compete aplicar la política oficial sobre la prestación del servicio.

CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Interés general coincide con interés particular

Los intereses generales a cuyo servicio está la función administrativa, no necesariamente son contrarios a los intereses particulares. En materia de televisión, por ejemplo, el interés general consiste en la prestación eficiente del servicio, y el interés particular de cada uno de los concesionarios de espacios en los canales oficiales frecuentemente coincide con el general; así ocurre, por ejemplo, en lo que hace a la eficiente transmisión de los programas; si se presentan interrupciones, altibajos bruscos del sonido o distorsiones de la imagen durante la transmisión de los espacios producidos por ellos, la mayoría de los televidentes buscará otra entretención; cuando ello ocurre, se hace manifiesto que la prestación eficiente del servicio

también es condición para la venta de pautas publicitarias, la recuperación de lo invertido, y la obtención de ganancias.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Terminación unilateral del concesionario sirve al interés general

Los concesionarios que por una u otra causa no estén en condiciones de seguir cumpliendo con las obligaciones que les impone la concesión, deben dejar su lugar a otros que sí puedan contribuir al logro de la prestación eficiente del servicio, y es deseable que lo hagan antes de que su incapacidad sobreviniente ocasione interrupciones en la transmisión o alteraciones imprevistas de la programación. Desde esta perspectiva, la previsión contemplada en el inciso demandado sirve al interés general tanto como puede ser favorable al interés particular del concesionario abocado a renunciar.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Derecho a la igualdad

PRINCIPIO DE EFICACIA-Estado es responsable por la prestación de servicios públicos

La prestación de los servicios públicos es en último término responsabilidad del Estado, aunque la continuidad de tal prestación no dependa enteramente de las decisiones de los funcionarios y órganos estatales, pues los usuarios están llamados a participar en la adopción de ellas, y tanto las comunidades organizadas como los particulares pueden concurrir a la prestación de uno u otro de tales servicios en los términos definidos por la ley. En este último caso, si los particulares concurren bajo la dirección de un órgano estatal especializado y se produce una interrupción en la prestación del servicio, imputable directamente a que uno de los concesionarios decide ejercer una facultad que expresamente le concede la ley, ello no quiere decir que la ley que confirió tal facultad al particular sea inexequible, sino que el ente estatal encargado de la gestión y control fue ineficiente al grado de no prever las consecuencias de que los particulares se acojan a los beneficios legales.

PRINCIPIO DE ECONOMIA EN CONTROL Y GESTION DE TELEVISION-Se concreta en uso eficiente del personal y los recursos

El principio de economía en la gestión y control de la televisión, se concreta en el uso eficiente del personal y los recursos adscritos a la CNTV para cumplir con las funciones que la Constitución y las leyes expresamente le han asignado; y si el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 afecta de manera significativa los costos de administración del espectro en los que debe incurrir la Comisión Nacional, no lo hace al estipular que la renuncia a una concesión no origina, por sí sola y en cabeza del concesionario, la obligación de pagar una indemnización; esa norma incrementa los costos de administración del espectro, cuando ordena que todas las adjudicaciones de espacios en los canales oficiales, o de concesiones para operar canales particulares, deben resultar de licitaciones públicas. En cuanto hace a la tarifa que todos los concesionarios deben cancelar por el uso del bien público que administra la CNTV, debe anotarse que el inciso acusado faculta a los titulares de las concesiones para renunciar a ellas sin pagar indemnización, pero no les otorga derecho a reclamar, en caso de ejercer esa potestad, siquiera una parte de la tarifa anual que todos los concesionarios deben cancelar anticipadamente por el uso del espectro electromagnético, o parte del pago que hace cada uno de ellos al serle adjudicada la concesión por el derecho a aprovecharse del bien público; así, la renuncia de un concesionario, no significa una merma en las rentas ordinarias de la CNTV.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Terminación unilateral del concesionario no siempre causa perjuicios

La facultad que otorga el inciso demandado a los titulares de concesiones no necesariamente constituye una condonación; son varios los eventos en que la renuncia no causa perjuicio; más aún, el contrato de concesión, como todos los contratos, puede terminar de la misma manera en que se creó: por acuerdo de las partes contratantes; si se presenta la renuncia del concesionario y la aceptación de la misma por la Comisión, se configuraría una resiliación. En aquellos casos en los que sí se presente un daño imputable a la renuncia del concesionario, se debe aplicar el principio general, no exceptuado por el inciso demandado, y quien ocasionó un perjuicio debe repararlo. El texto de esa norma es muy claro al estipular que no habrá lugar a indemnización por el sólo hecho de renunciar a la concesión; pero de él no se desprende la irresponsabilidad patrimonial del concesionario que causa un daño con su renuncia pues, cuando se ha incurrido en alguna de las hipótesis que conforme a nuestro ordenamiento dan lugar a la reparación, bastará a la CNTV acreditar debidamente el perjuicio para reclamar su consecuente indemnización.

Referencia: Expediente D-1862

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 335 de 1996 "por la cual se modifican parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones"

Demandante: Clara Stella Ramos Sarmiento.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Clara Stella Ramos Sarmiento presenta demanda contra el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 335 de 1996 "por la cual se modifican parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones", por considerar que tal norma viola los artículos 58, 77, 209, 355 y 365 de la Constitución.

Cumplidos los trámites señalados en la Constitución y la ley y oído el concepto del Ministerio Público, procede la Corte a decidir.

1. **Norma acusada.**

La norma objeto de demanda es el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 335 de 1996, cuyo texto aparece subrayado en la transcripción siguiente:

"Artículo 17.- Con el objeto de establecer la real y efectiva igualdad de condiciones para los concesionarios y los operadores del servicio público de televisión en los distintos niveles de cubrimiento territorial, en cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y en el acceso al espectro electromagnético, la Comisión Nacional de Televisión abrirá licitación pública para la adjudicación de los espacios de televisión pública, seis (6) meses antes de sus respectivos vencimientos.

"Los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes, tendrán la facultad de renunciar a la concesión que les ha sido otorgada y proceder a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por este concepto.

"Los espacios respectivos serán adjudicados mediante licitación pública que abrirá la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los tres meses siguientes a dichas renuncias, si se dieren.

"Parágrafo.- La Comisión Nacional de Televisión deberá determinar las condiciones, requisitos, mecanismos y procedimientos que deberán cumplir los aspirantes a ser concesionarios de los espacios de televisión de que trata el presente artículo teniendo en cuenta para ello criterios que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de televisión y que eviten las prácticas monopolísticas, así como el aprovechamiento indebido de posiciones dominantes en el mercado.

"Parágrafo Transitorio.- La Comisión Nacional de Televisión expedirá el régimen de transición según el cual los actuales concesionarios de televisión deberán renunciar a sus espacios en caso de que alguno de ellos resulte adjudicatario de un canal nacional de operación privada, o de una estación local de televisión con el objeto de evitar que pueda operar simultáneamente dos concesiones."

2. **Razones de la demanda.**

Para la actora, el inciso demandado viola el artículo 58 de la Constitución, pues faculta a los titulares de contratos de concesión de espacios de televisión para que "unilateralmente puedan terminar con la prestación del citado servicio público sin indemnizar al Estado por razón de los perjuicios que cause tal determinación" Además, la disposición demandada afecta la garantía constitucional de los derechos adquiridos por la CNTV frente a los contratos de concesión en beneficio injustificado de los contratistas.

La norma acusada viola también el artículo 77 de la Carta Política puesto que, según la demanda, otorga una facultad a los concesionarios "que es materia de la ejecución de la actividad contractual, la cual solo compete a las partes contratantes".

De acuerdo con la demanda, el artículo 209 Superior también resulta vulnerado en este caso, puesto que el inciso acusado pone la función administrativa al servicio de los intereses particulares de los concesionarios, y no al de los generales previstos en la Carta.

Según la actora, a través de la norma acusada se decretó una condonación en favor de particulares que está claramente prohibida por el artículo 355 de la Constitución; así, si el particular decide no prestar más el servicio en franco incumplimiento de sus obligaciones contractuales y perjudicando a los usuarios, puede hacerlo sin que haya lugar a indemnización.

3. **Intervenciones.**

A. El Ministro de Comunicaciones interviene, a través de apoderado, para manifestar que: "estudiadas y analizadas las violaciones constitucionales invocadas, este Ministerio respalda la petición de declarar la inexequibilidad del inciso 2° del artículo 17 de la Ley 335 de 1996, en los términos que allí se exponen" (folios 20-23).

B. En su calidad de ciudadanos, los representantes legales de las sociedades concesionarias Datos y Mensajes S.A. (folios 23 a 35), Producciones Tevecine S.A. (folios 36 a 43), Proyectamos Televisión S.A. (folios 44 a 50), Coestrellas S.A. (folios 51 a 56), Radio Televisión Interamericana S.A. RTI (folios 57 a 70), Producciones Punch S.A. (folios 126 a 129), Coestrellas S.A. (folios 130 a 133), y Noticiero 24 Horas S.A. (folios 143 a 183), y la Asociación Nacional de Medios de Comunicación (folios 91 a 96) se hicieron presentes en el proceso para sostener la constitucionalidad de la norma acusada con razones similares a las

presentadas, por los ciudadanos Mauricio Fajardo Gómez (folios 71 a 90), Carlos Darío Barrera Tapias (folios 97 a 112), Marcela Monroy Torres (folios 113 a 118) y Diego Fernando Tobón Moreno (folios 119 a 125).

Los ciudadanos intervinientes afirman que el legislador es competente para determinar la política en materia de televisión (C.P. art. 77), y el inciso acusado forma parte del marco normativo al que está sometida la Comisión Nacional de Televisión, en lugar de constituir una injerencia indebida en el ejercicio de su competencia.

Añaden que cuando un concesionario hace uso de la facultad conferida por el inciso demandado, ninguna mengua se produce en las rentas propias de la Comisión Nacional de Televisión, ni tiene por qué verse interrumpida la prestación del servicio.

4. **Concepto del Ministerio Público.**

El Procurador General de la Nación solicita a esta Corte que declare inconstitucionales las expresiones "sin que haya lugar a indemnización alguna por ese concepto", contenidas en el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 335 de 1996, puesto que:

"Las funciones asignadas por la Constitución a los agentes estatales, impiden que éstos favorezcan los intereses de los concesionarios de espacios de televisión más allá de los límites señalados por el ordenamiento jurídico. Así, los contratistas deberán responder de conformidad con los términos estipulados en el contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones por los daños causados a la entidad contratante.

"Impedir el cobro de las obligaciones económicas a cargo del concesionario, implica una condonación que, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 355 de la Carta, se asimila a una donación en favor de los contratistas, incurriendo de esta manera la administración en un acto proscrito por la Ley Fundamental" (folio 139).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. **Competencia.**

Por dirigirse la acusación contra parte de una ley, compete a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Carta Política.

2. **Consideración de los cargos.**

2.1. **Primacía del interés general y derechos adquiridos.**

Según afirma la actora, el inciso demandado viola el artículo 58 Superior, puesto que hace privar el interés particular sobre el general, y afecta los derechos adquiridos por la CNTV en la contratación.

- Primacía del interés general.

Dados los términos de la demanda y las razones manifestadas por el Ministro de Comunicaciones, vale la pena iniciar esta consideración aclarando que, cuando se trata del contrato de concesión de espacios de televisión, el interés general no se identifica con un interés patrimonial de la CNTV, ni esta agencia estatal es la llamada a definirlo. En esta materia, el interés general concuerda con el que tiene cualquier usuario del servicio público en su prestación eficiente (C.P. art. 365), objetivo que la CNTV debe hacer prevalecer sobre los intereses particulares de los concesionarios y, también, sobre cualquier interés atribuible a la Comisión, que se aparte de lo previsto en el ordenamiento.

Ahora bien: si el interés general se concreta en la prestación eficiente del servicio, no necesariamente es contraria al mismo la renuncia a la concesión del titular que, por una u otra

razón, no puede continuar ejecutando el contrato hasta agotar el término pactado; esa renuncia a la concesión sólo eventualmente es favorable a los intereses de quien la realiza y se priva de continuar explotando una actividad que es lucrativa, y lo seguirá siendo mientras el acceso al uso del espectro electromagnético sea un bien escaso. De hecho, el mismo artículo 17 de la ley en comento regula, en su parágrafo transitorio, una de las eventualidades en las que la renuncia a la concesión de uno o varios espacios es ordenada por la ley, y no sólo debe ser aceptada por el organismo administrador -CNTV-, sino reglamentada y exigida por éste para evitar prácticas monopolísticas o abuso de posiciones dominantes en el mercado.

La Ley 335 de 1996 regula el cambio de un sistema estatal de televisión por otro mixto, y la manera en que se dará la transición entre ellos, pues ahora no sólo habrá más canales, sino que los particulares concurrirán a la prestación del servicio como concesionarios de espacios en los canales oficiales y, también, como operadores de canales privados de alcance nacional, regional y local. Además, el legislador introdujo, por medio de esta ley, una serie de innovaciones destinadas a democratizar la composición accionaria de las firmas concesionarias, e impulsar a las comunidades organizadas a concurrir a la prestación del servicio de televisión, por lo que se puede afirmar que el Congreso modificó sustancialmente las características de la actividad.

En el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, el legislador estableció un sistema de adjudicación de espacios y un régimen de transición, específicamente adoptados "con el objeto de establecer la real y efectiva igualdad de condiciones para los concesionarios y los operadores del servicio público de televisión en los distintos niveles de cubrimiento territorial, en cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y en el acceso al espectro electromagnético..."; y tal objetivo es acorde con el interés general definido por el Constituyente en los artículos 75 a 77 de la Carta, por más que imponga a la CNTV la carga administrativa de realizar tantas licitaciones como sea preciso para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro, el pluralismo informativo y la competencia.

Al cambiar la regulación del servicio de la manera radical en que lo hizo, el legislador ordenó la intervención del Estado en el uso del espectro electromagnético, a fin de llevar a efecto la reorganización territorial del servicio y el mercado, la democratización de la composición accionaria de las empresas que a ellos concurren, la multiplicación de su número, y la readjudicación de los espacios, todo ello con miras a mejorar las condiciones de prestación del servicio, pero con el costo ineludible de permitir un período de reacomodo, en el que están puestas en juego la estabilidad y la viabilidad económica de todos los entes que concurren a la prestación, sea como concesionarios o como operadores.

En ese período de transición -diferente a todos los que se han vivido desde que en 1954 se inició la televisión en Colombia-, el interés general sigue siendo el señalado por el Constituyente: la eficiente prestación del servicio; pero, ¿cuál será la política contractual que mejor permita realizar tal interés en la adjudicación de espacios?; ¿aquélla que facilite a más concesionarios tener acceso a la explotación del uso del espectro, o la que impone una barrera de entrada a fin de procurar que el grupo de los concesionarios permanezca inalterado durante cada período de adjudicación de espacios? La primera de esas políticas de contratación, parece dirigida a garantizar el pluralismo informativo y la libre competencia, objetivos que consagra el artículo 75 Superior; y la segunda, sin apuntar en esa dirección, puede optimizar los ingresos de la CNTV y abaratar sus costos de funcionamiento; pero ambas pueden redundar en una prestación eficiente del servicio, por lo que es el legislador el llamado a escoger entre esas y otras (C.P. art. 77), la que mejor se ajuste a los designios del Constituyente.

Además, no debe prosperar en contra del inciso segundo del artículo 17 de la Ley 335 de 1996, el cargo de su presunta oposición al interés general, puesto que el legislador es tan competente para desarrollar normativamente ese interés en el corto plazo (así lo hizo en el parágrafo transitorio, y éste no fue demandado aunque tiene igual contenido), como para establecerlo en el mediano y largo plazo.

- Garantía de los derechos adquiridos.

La segunda razón por la cual se acusa al inciso demandado de ser contrario al artículo 58 Superior, es la presunta afectación de los derechos adquiridos por la CNTV en la celebración de los contratos de concesión.

Tampoco puede prosperar tal cargo, porque, de un lado, los contratos de concesión de espacios en la programación iniciada en enero de 1998 fueron celebrados bajo la vigencia de la Ley 335 de 1996 y, por tanto, no pudieron generar para la CNTV más derechos de los que esa ley confería; del otro lado, con relación a los contratos de concesión de espacios en los canales nacionales comerciales actualmente vigentes, "otorgados mediante licitación pública número 01 de 1994, 01 de 1995 y 01 de 1996, se respetarán los términos originalmente convenidos para su vigencia, pero sin opción de prórroga alguna" (Parágrafo transitorio del artículo 10 de la Ley 335 de 1996, declarado exequible por medio de la Sentencia C-350/97 M.P. Fabio Morón Díaz).

2.2. **Intromisión del legislador en una actividad de la CNTV.**

Según la demanda, el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 335 de 1996 viola el artículo 77 Superior, puesto que constituye una intromisión del legislador en la ejecución de la actividad contractual de la CNTV, la que solo concierne a esa agencia oficial y a los particulares que con ella contratan.

Sin embargo, ninguna razón asiste a la actora en este punto, simplemente porque toda actividad que válidamente realice la CNTV, debe haberle sido atribuida por la Constitución y la ley (C.P. art. 121), y a cargo de ese organismo solo está "la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley" (C.P. art. 77).

Además, si el legislador puede modificar el régimen contractual de las concesiones de espacios de televisión en pro del interés general y, según la doctrina constitucional sentada en el fallo C-350/97, válidamente puede afectar las expectativas de los concesionarios, con mayor razón puede alterar las del órgano administrativo al que compete aplicar la política oficial sobre la prestación del servicio.

2.3. **Función administrativa e intereses particulares.**

Afirma la demandante que el inciso acusado viola el artículo 209 Superior, puesto que pone a la función administrativa al servicio de intereses particulares, y hace imposible la aplicación del principio de igualdad.

Al respecto, vale observar que los intereses generales a cuyo servicio está la función administrativa (C.P. art. 209), no necesariamente son contrarios a los intereses particulares. En materia de televisión, por ejemplo, el interés general consiste en la prestación eficiente del servicio, y el interés particular de cada uno de los concesionarios de espacios en los canales oficiales frecuentemente coincide con el general; así ocurre, por ejemplo, en lo que hace a la eficiente transmisión de los programas; si se presentan interrupciones, altibajos bruscos del sonido o distorsiones de la imagen durante la transmisión de los espacios producidos por ellos, la mayoría de los televidentes buscará otra entretención; cuando ello ocurre, se hace manifiesto

que la prestación eficiente del servicio también es condición para la venta de pautas publicitarias, la recuperación de lo invertido, y la obtención de ganancias.

Los concesionarios que por una u otra causa no estén en condiciones de seguir cumpliendo con las obligaciones que les impone la concesión, deben dejar su lugar a otros que sí puedan contribuir al logro de la prestación eficiente del servicio, y es deseable que lo hagan antes de que su incapacidad sobreviniente ocasione interrupciones en la transmisión o alteraciones imprevistas de la programación. Desde esta perspectiva, la previsión contemplada en el inciso demandado sirve al interés general tanto como puede ser favorable al interés particular del concesionario abocado a renunciar.

Tampoco es cierto que el inciso acusado imposibilite a la CNTV dar aplicación al principio de igualdad que debe regir toda actuación administrativa; al respecto, baste citar la doctrina sentada por la Corte en la Sentencia C-350/97 M.P. Fabio Morón Díaz, antes citada, en la que se expresó:

> "No encuentra la Corte que las disposiciones impugnadas violen el derecho a la igualdad del que son titulares los concesionarios de espacios de televisión de canales públicos, pues los supuestos de hecho que sustentan el contrato que ellos celebran con el Estado, son sustancialmente diferentes de los que servirán de base para la celebración de contratos de concesión cuyo objeto será operar canales privados, teniendo el legislador libertad para, a través de la ley, darles un tratamiento diferente"

2.4. **Principio de la eficacia y discontinuidad en la prestación del servicio.**

Según la demanda, el inciso acusado viola los artículos 209 y 365 de la Carta Política, puesto que la renuncia del concesionario causa una interrupción en la prestación del servicio y, por tanto, imposibilita a la CNTV para aplicar el principio de eficacia, puesto que la continuidad en la prestación del servicio no depende enteramente de las decisiones de la administración.

Al respecto, vale señalar que la prestación de los servicios públicos es en último término responsabilidad del Estado (art. 365 C.P.), aunque la continuidad de tal prestación no dependa enteramente de las decisiones de los funcionarios y órganos estatales, pues los usuarios están llamados a participar en la adopción de ellas, y tanto las comunidades organizadas como los particulares pueden concurrir a la prestación de uno u otro de tales servicios en los términos definidos por la ley.

En este último caso, si los particulares concurren bajo la dirección de un órgano estatal especializado y se produce una interrupción en la prestación del servicio, imputable directamente a que uno de los concesionarios decide ejercer una facultad que expresamente le concede la ley, ello no quiere decir que la ley que confirió tal facultad al particular sea inexequible, sino que el ente estatal encargado de la gestión y control fue ineficiente al grado de no prever las consecuencias de que los particulares se acojan a los beneficios legales.

2.5. **Principio de economía y condonación prohibida.**

El último de los cargos esgrimidos en contra del inciso acusado es la violación de los artículos 209 -pues imposibilita la aplicación del principio de economía en la función administrativa que cumple la CNTV-, y 355 de la Constitución, ya que "implica una condonación que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 355 de la Carta, se asimila a una donación en favor de los contratistas..."(folio 139).

- Principio de economía.

Si el principio de economía que debe presidir la función administrativa consistiera en minimizar el gasto y maximizar las rentas de los entes ejecutivos, quienes impugnan la exequibilidad del inciso demandado tendrían razón, y procedería acoger su pretensión. Pero es que los entes estatales encargados por la Constitución y la ley de cumplir con la función administrativa, solo excepcionalmente pueden ser manejados como si fueran empresas con ánimo de lucro, y ello es posible sólo cuando la norma que los crea les asigna tal naturaleza. No es el caso de la Comisión Nacional de Televisión que, de acuerdo con los artículos 75 a 77 de la Carta, no es ni puede ser asimilada a una empresa industrial o comercial del Estado.

El principio de economía en la gestión y control de la televisión, se concreta en el uso eficiente del personal y los recursos adscritos a la CNTV para cumplir con las funciones que la Constitución y las leyes expresamente le han asignado; y si el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 afecta de manera significativa los costos de administración del espectro en los que debe incurrir la Comisión Nacional, no lo hace al estipular que la renuncia a una concesión no origina, por sí sola y en cabeza del concesionario, la obligación de pagar una indemnización; esa norma incrementa los costos de administración del espectro, cuando ordena que todas las adjudicaciones de espacios en los canales oficiales, o de concesiones para operar canales particulares, deben resultar de licitaciones públicas.

Resultaría más acorde con la economía (entendida como reclama la actora), la adjudicación de tales concesiones por medio de subasta o de selección discrecional de los favorecidos con las mismas; sólo que para lograr semejante ahorro, el legislador tendría que dejar "de establecer la real y efectiva igualdad de condiciones para los concesionarios y los operadores del servicio público de televisión" (Art. 17 de la Ley 335 de 1996). Y entre los objetivos que se persiguen con la aplicación del principio de economía, no puede estar el de abaratar el funcionamiento de la CNTV, a costa de sacrificar las metas sociales establecidas por el Constituyente.

En cuanto hace a la tarifa que todos los concesionarios deben cancelar por el uso del bien público que administra la CNTV, debe anotarse que el inciso acusado faculta a los titulares de las concesiones para renunciar a ellas sin pagar indemnización, pero no les otorga derecho a reclamar, en caso de ejercer esa potestad, siquiera una parte de la tarifa anual que todos los concesionarios deben cancelar anticipadamente por el uso del espectro electromagnético, o parte del pago que hace cada uno de ellos al serle adjudicada la concesión por el derecho a aprovecharse del bien público; así, la renuncia de un concesionario, no significa una merma en las rentas ordinarias de la CNTV.

- Condonación prohibida.

La Corte no puede acoger las razones y solicitudes del Procurador General, puesto que la facultad que otorga el inciso demandado a los titulares de concesiones no necesariamente constituye una condonación; como se ha visto, son varios los eventos en que la renuncia no causa perjuicio; más aún, el contrato de concesión, como todos los contratos, puede terminar de la misma manera en que se creó: por acuerdo de las partes contratantes; si se presenta la renuncia del concesionario y la aceptación de la misma por la Comisión, se configuraría una resiliación.

En aquellos casos en los que sí se presente un daño imputable a la renuncia del concesionario, se debe aplicar el principio general, no exceptuado por el inciso demandado, y quien ocasionó un perjuicio debe repararlo. El texto de esa norma es muy claro al estipular que no habrá lugar a indemnización por el sólo hecho de renunciar a la concesión; pero de él no se desprende la

irresponsabilidad patrimonial del concesionario que causa un daño con su renuncia pues, cuando se ha incurrido en alguna de las hipótesis que conforme a nuestro ordenamiento dan lugar a la reparación, bastará a la CNTV acreditar debidamente el perjuicio para reclamar su consecuente indemnización. Además, las consecuencias administrativas previstas en las leyes 14 de 1991, 182 de 1995 y 335 de 1996 para el caso de renuncia a la concesión, serán aplicables en los casos previstos por tales normas.

DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 335 de 1996, en el entendido de que la facultad que otorga a los concesionarios no constituye una excepción al principio de que debe repararse el daño causado, cuando se ha incurrido en alguna de las hipótesis que conforme a nuestro ordenamiento dan lugar a la reparación.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

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

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-201
mayo 13 de 1998

PRESUPUESTO-Concepto

El presupuesto, ha dicho esta Corporación, "...es un mecanismo de racionalización de la actividad estatal, y en esa medida cumple funciones redistributivas, de política económica, planificación y desarrollo, todo lo cual explica que la Carta ordene que el presupuesto refleje y se encuentre sujeto al plan de desarrollo. Pero el presupuesto es igualmente un instrumento de gobierno y de control en las sociedades democráticas, ya que es una expresión de la separación de poderes y una natural consecuencia del sometimiento del gobierno a la ley, por lo cual, en materia de gastos, el Congreso debe autorizar cómo se deben invertir los dineros del erario público. ... esto explica la fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos, según el cual, las apropiaciones efectuadas por el Congreso por medio de esta ley son autorizaciones legislativas limitativas de la posibilidad del gasto gubernamental".

LEY ORGANICA Y ANUAL DE PRESUPUESTO-Diferencias

La Corte Constitucional ha distinguido nítidamente entre la ley orgánica de presupuesto y la ley anual de presupuesto o ley de apropiaciones, al señalar que "...mientras que la ley orgánica regula el proceso presupuestal como tal, esto es, establece la manera como se prepara, aprueba, modifica y ejecuta el presupuesto, el contenido propio de las leyes anuales de presupuesto es diverso, pues a éstas corresponde estimar los ingresos y autorizar los gastos del período fiscal respectivo".

FONDOS DE COFINANCIACION-Naturaleza

"Ese instrumento [el de la cofinanciación] permite que existan transferencias financieras del gobierno central a las entidades territoriales que no sean obligatorias y automáticas –como lo son el situado fiscal o la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación (C.P. arts. 356 y 357)– sino que puedan ser condicionadas por el gobierno central, conforme a la Constitución y a la ley. De esa manera se pretende que la nación pueda orientar la dinámica de la descentralización, al mismo tiempo que se estimula el desarrollo institucional y la eficiencia fiscal y administrativa de las distintas entidades territoriales, pues lo propio de la cofinanciación es que un componente de la inversión es sufragado por la propia entidad territorial que se encuentra así incentivada a no dilapidar los recursos. La cofinanciación articula los principios de unidad y autonomía del ordenamiento territorial, al mismo tiempo que desarrolla los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, en los cuales se funda el reparto de competencias entre los distintos niveles territoriales.

FONDOS DE COFINANCIACION-Viabilización de proyectos específicos de desarrollo regional

Lo dispuesto en la primera parte del inciso impugnado que se analiza, no sólo encuentra sustento constitucional en el artículo 366 de la Carta Política, sino que es coherente y compatible con los mandatos consignados en la Ley Orgánica de presupuesto, sobre proyectos cofinanciados entre las entidades territoriales y la Nación, luego en nada contradice el ordenamiento superior. Pero además, dicha disposición posibilita la realización del mandato del Constituyente que ordena, en el mismo artículo 366 de la Carta Política, darle prioridad al gasto público social sobre cualquier otra asignación. Es decir, que el inciso primero del artículo 48 de la Ley 331 de 1996, al establecer que los proyectos específicos de desarrollo regional a cargo de las entidades territoriales, se viabilizarían por los fondos de cofinanciación, y que los recursos asignados para el efecto a los respectivos fondos deberán ser girados, desde luego previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que establece el Estatuto Orgánico, durante la respectiva vigencia fiscal, dio paso al cumplimiento de dicho mandato superior, sin desconocer, ni las competencias que la Carta ha establecido entre el Congreso y el gobierno en materia presupuestal, ni ningún mandato del ordenamiento orgánico correspondiente.

PRESUPUESTO-Límite temporal/**FONDOS DE COFINANCIACION**-Cumplimiento de obligaciones

El presupuesto es una ley de autorización de gastos que limita jurídicamente su aplicación, entre otros, en el aspecto temporal, lo que significa que las erogaciones que se deriven de compromisos adquiridos y ejecutados durante la vigencia de conformidad con los mandatos de la Constitución y la ley, deben hacerse en el período fiscal respectivo. El artículo lo que hace es reiterar ese límite temporal. Lo que pretende la disposición es facilitar el cumplimiento de las obligaciones que los fondos de cofinanciación adquieran con las entidades territoriales con las cuales cofinancian proyectos de desarrollo regional, para lo cual requiere la disponibilidad efectiva de los recursos asignados y apropiados para ellos en la ley de presupuesto. En ningún momento el legislador a través de inciso impugnado, les prohíbe a dichos fondos, y mucho menos a las entidades territoriales, a las cuales no se refiere, constituir las reservas presupuestales que sean necesarias para cubrir los compromisos legalmente adquiridos por dichos órganos, lo cual deberán hacer previo el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan esa materia.

LEGISLADOR-Desbordamiento de facultades para derogar o modificar legislación sustantiva/**ENTIDADES TERRITORIALES**-Modificación de porcentajes de participación en financiación de proyectos

La imposición de los porcentajes que contiene el parágrafo de la norma impugnada, implica la creación de una norma de contenido material, que modifica y deroga disposiciones legales previas de carácter sustantivo, para lo cual el legislador carecía de competencia, pues le está vedado, a través de la ley anual de presupuesto y especialmente de las disposiciones generales de la misma, derogar o modificar legislación sustantiva. Hay pues un evidente desbordamiento de las facultades que le correspondía desarrollar al Congreso a través de la ley de apropiaciones.

NACION Y ENTIDADES TERRITORIALES-Concurrencia en el desarrollo de programas para el bienestar general

El carácter unitario que el Constituyente le dio al Estado y la vigencia en el mismo de principios como el de la solidaridad y la participación comunitaria, justifican la concurrencia

de la Nación y de las entidades territoriales en el diseño y desarrollo de programas y proyectos dirigidos a garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, pues sólo así será posible avanzar en la realización efectiva de principios también de rango constitucional, como por ejemplo el de descentralización y autonomía territorial. Pretender que los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad sólo operen a nivel territorial despojando a la Nación de esa responsabilidad en tanto orientadora de la dinámica de la descentralización, contrariaría el fundamento filosófico en el que se soporta el Estado social de derecho.

Referencia: Expediente D-1869

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 48 de la Ley 331 de 1996, "Por medio de la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia del 1 de enero al 31 de diciembre de 1997."

Actor: Juan Humberto Meza Giraldo

Magistrado Ponente: Doctor FABIO MORON DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo trece (13) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad establecida en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Juan Humberto Meza Giraldo, solicitó a esta Corporación la declaratoria de inexequibilidad del artículo 48 de la Ley 331 de 1996, "Por medio de la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia del 1 de enero al 31 de diciembre de 1997."

Por auto del 22 de octubre de 1997, el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda de la referencia, ordenar su fijación en lista, el traslado del expediente al señor Procurador General de la Nación para efectos de recibir el concepto fiscal de su competencia, y enviar las comunicaciones respectivas al señor Presidente de la República, al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, a los señores alcaldes de las ciudades de Santa Fe de Bogotá D.C., Barranquilla D.E, Medellín y Calí, y al representante legal de la Federación Colombiana de Municipios.

Una vez cumplidos todos los trámites indicados para esta clase de procesos de control de constitucionalidad, procede la Corte a pronunciar su decisión.

II. EL TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

LEY No. 331 DE 1996

(18 de diciembre)

Por medio de la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia del 1 de enero al 31 de diciembre de 1997.

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

DECRETA

" (...)

"Artículo 48. Los proyectos específicos de desarrollo regional serán viabilizados por los fondos de cofinanciación o las Udecos y los recursos apropiados en la ley de presupuesto serán girados durante la vigencia del año fiscal a los fondos de cofinanciación.

"Parágrafo. Para los recursos de destinación específica la cofinanciación será del 15% al 10% por parte de las entidades territoriales de la siguiente manera: municipios 5%, departamentos 10% y Bogotá, Calí, Medellín y Barranquilla 10%."

III. LA DEMANDA

A. Normas constitucionales que se consideran infringidas.

El demandante considera que la disposición impugnada viola los artículos 113, 151, 189, 288, 349 y 352 de la C.P.

B. Los fundamentos de la demanda

El actor manifiesta, que de conformidad con lo establecido en el artículo 151 de la C.P., le corresponde al Congreso expedir la ley orgánica de presupuesto, a cuyo contenido, dada la superior jerarquía de dicha norma, se debe sujetar el ejercicio de la actividad legislativa en la materia.

Eso implica, anota, que la ley anual de presupuesto que expide cada año el legislador, cuyos mandatos rigen únicamente durante el correspondiente año fiscal y deben asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General de la Nación, está supeditada a la ley orgánica, y que sus disposiciones no pueden derogar o modificar leyes vigentes, ni producir una nueva normativa en sentido material.

Con base en lo anterior, afirma, de conformidad con lo establecido en los artículos 73 y 89 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, normas que establecen que las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación son autorizaciones máximas de gastos, que el Congreso aprueba para que sean ejecutadas o comprometidas durante la respectiva vigencia fiscal, y que al cierre de la mismas es posible constituir las reservas presupuestales correspondientes a los compromisos legalmente contraídos, que no se hayan ejecutado a 31 de diciembre, no le estaba permitido al legislador, a través de la ley anual de presupuesto y específicamente de la norma impugnada, ordenar que las partidas de cofinanciación forzosamente deban ser utilizadas en su totalidad durante la vigencia en que se asignan, que es lo que sucede cuando dispone que dichos recursos, necesariamente, deberán ser girados durante la misma, lo que implica una clara violación de las disposiciones orgánicas y en consecuencia de los artículos 150-11, 151 y 349 de la Constitución.

En cuanto al parágrafo de la norma acusada, en concepto del demandante éste también es inconstitucional, pues al establecer porcentajes de concurrencia para las entidades territoriales, aplicables a los proyectos de desarrollo regional financiados a través de los fondos de cofinanciación, lo que hizo fue derogar normas de carácter sustantivo, tales como las contenidas en el Decreto Extraordinario 2132 de 1992, las cuales no los establecen, el artículo 87 de la ley 99 de 1993 que regula lo correspondiente a dichos proyectos en materia de medio ambiente, que tampoco los señala, y la ley 105 de 1993, cuyos artículos 24 y 25 regulan lo correspondiente al Fondo de Cofinanciación de vías e infraestructura sin imponer porcentajes.

De otra parte, agrega, el parágrafo vulnera también las disposiciones del artículo 69 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, que establece porcentajes de concurrencia para las entidades territoriales cuando se trata de proyectos cofinanciados, lo que se traduce en la derogatoria de una disposición de carácter orgánico por una de carácter ordinario, es decir de menor jerarquía.

Por último, en opinión del actor el mecanismo de la cofinanciación para el diseño y ejecución de proyectos de desarrollo regional, sólo es aplicable entre entidades territoriales, concepto en el cual no está incluida la Nación.

IV. EL CONCEPTO FISCAL

El señor Procurador General de la Nación solicitó a esta Corporación declarar exequible el artículo 48 de la Ley 331 de 1996, solicitud que respaldó en los siguientes argumentos:

Luego de presentar un breve análisis sobre el contenido del artículo 366 de la Constitución, señalando que la cofinanciación es un instrumento que contribuye a realizar los mandatos que caracterizan el Estado social de derecho, el Ministerio Público sostiene que la disposición demandada, que hace parte de las normas generales de la ley anual de presupuesto, las cuales tienen como objetivo asegurar a través de ellas la correcta ejecución del mismo, en nada contraría el ordenamiento superior, pues lo único que hace es, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 24-1 del Decreto 2132 de 1992, reiterar que los recursos de la Nación asignados para la vigencia fiscal de 1997, para la realización cofinanciada de programas de desarrollo regional a cargo de las entidades territoriales, se ejecuten a través de los Fondos de Cofinanciación y de las Udeco.

Afirma el concepto fiscal, que es lógico que el legislador haya determinado que los recursos de cofinanciación se giren durante la vigencia fiscal respectiva, pues en el caso de disponer que dichas apropiaciones presupuestales de cofinanciación pudieran seguirse arbitrando para los siguientes períodos fiscales, se estaría violando el principio de anualidad presupuestal, toda vez que después del 31 de diciembre de cada año las autorizaciones del gasto expiran y, en consecuencia, no pueden comprometerse, adicionarse, transferirse ni contracreditarse, lo que no impide que se puedan constituir las correspondientes reservas presupuestales para atender los compromisos adquiridos, tal como lo establece el Estatuto Orgánico de Presupuesto.

Por último, anota el Procurador, que el parágrafo impugnado tampoco vulnera ningún precepto de la Constitución, ya que al establecer los porcentajes de cofinanciación a cargo de las entidades territoriales en proyectos de destinación específica, lo que hizo fue viabilizar que dicho instrumento cumpla con la finalidad que le atribuyó el Constituyente, esto es, que se arbitren por parte de la Nación recursos complementarios para solucionar problemas básicos de salud, educación e infraestructura vial.

V. OTRAS INTERVENCIONES

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

El ciudadano Manuel Avila Olarte, en calidad de apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, intervino dentro del término de fijación en lista de la demanda de la referencia, con el fin de solicitar a esta Corporación que la norma impugnada se declare parcialmente exequible, pues en su concepto el contenido del primer inciso en nada vulnera el ordenamiento superior si se condiciona su interpretación a la aplicación efectiva de las normas orgánicas. Al efecto presenta a consideración de esta Corporación los siguientes argumentos:

Previo el análisis de las normas constitucionales y de las normas orgánicas que rigen la materia, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicita a esta Corporación la declaratoria de exequibilidad condicionada del primer inciso del artículo 48 de la Ley 331 de 1996.

Anota, que "... el sentido de este inciso no debe ser otro que el de determinar que los recursos apropiados en la ley anual de presupuesto para los fondos de cofinanciación sean girados a los respectivos fondos de cofinaciación, de conformidad con las disposiciones legales orgánicas, durante la vigencia fiscal de 1997, del mismo modo que se giran los recursos apropiados a cada uno de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación."

En lo referente al parágrafo de la norma acusada, manifiesta el interviniente que lo dispuesto en él sobre porcentajes de participación de las entidades territoriales en los proyectos financiados a través de los fondos de cofinanciación, "..se inmiscuye en los porcentajes que ya han sido determinados por la ley sustantiva y por la legislación orgánica de presupuesto, la cual, de acuerdo con la Constitución Política y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, tiene fuerza jurídica superior respecto de la ley ordinaria, sea ésta sustantiva o adjetiva."

En consecuencia, agrega, el contenido de dicho parágrafo no sólo viola la filosofía misma de las disposiciones generales de la ley anual de presupuesto, sino que no asegura la correcta ejecución del mismo de acuerdo con lo estipulado en el artículo 11 del Decreto 111 de 1996, dado que se modifican las directrices definidas al respecto en las disposiciones orgánicas, específicamente aquellas que se relacionan con la proporción de la participación de los niveles territoriales dentro de los mecanismos de la cofinanciación.

Por último, rebate el cargo que formula el demandante, referido a que el mecanismo de cofinanciación sólo opera entre entidades territoriales, concepto en el cual, según él, no cabe la Nación; para el interviniente tal afirmación se desvirtúa a partir de lo dispuesto en el artículo 288 de la Constitución, que establece que la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales se hará a través de la ley orgánica de ordenamiento territorial, señalando de manera expresa, que las competencias a ellas atribuidas, incluida la Nación, se ejercerán conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley.

ALCALDIA MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI

La ciudadana Elmy Cecilia Giraldo Guzmán, actuando en calidad de apoderada de la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali, solicita a esta Corporación, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación, que la norma impugnada se declare conforme a la Constitución Política.

Señala la interviniente, que el artículo 366 de la C.P. establece que son finalidades sociales del Estado el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población y la solución de necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y que el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación. Dicha norma superior, en su concepto, encuentra desarrollo legislativo en el Decreto Extraordinario 2132 de 1992, que regula lo relativo a varios de los fondos a través de los cuales se cofinancian programas y proyectos a cargo de las entidades territoriales, estableciendo en su artículo 25 que "...en los presupuestos anuales posteriores a 1993, se incluirán apropiaciones con destino a los fondos de cofinanciación..."

Es decir, concluye la apoderada del Municipio de Cali, que el artículo 48 de la Ley 331 de 1996, impugnado por el actor, no dispone cosa distinta que lo ordenado por la Constitución y la ley, pues como cualquier gasto que afecte el presupuesto de la Nación, los que se programen con destino a los fondos de cofinanciación, deben estar expresamente presupuestados en la ley de apropiaciones de la respectiva vigencia fiscal.

Respecto a los porcentajes que establece el parágrafo de la norma demandada, tampoco de ellos se puede predicar la inconstitucionalidad, toda vez que con su contenido no se está dictando norma permanente, por el contrario, dice, lo que se establece es la forma como las entidades territoriales participarán en la cofinanciación de los programas y proyectos en el año de 1997.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. **La competencia y el objeto de control**

La competencia de la Corte Constitucional para decidir sobre demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra disposiciones de leyes ordinarias, se consigna en el numeral 4 del artículo 241 de la C.P. y se ha reiterado en la jurisprudencia de esta Corporación, para los casos en los que bajo ciertos y específicos presupuestos se cuestione la constitucionalidad de leyes cuya vigencia esté condicionada en el tiempo, como es el caso de las leyes anuales de presupuesto.

Lo anterior por cuanto si bien es claro que no es procedente que la Corporación efectúe un pronunciamiento de fondo sobre una disposición que no sea susceptible de seguir produciendo efectos, por haber sido realizadas las prescripciones que ella contenía, o por haber sido derogada por una norma posterior, casos en lo que debe declararse inhibida[1], no ocurre lo mismo cuando se trata de normas como la impugnada, que si bien se aplicó en la vigencia fiscal de 1997, la cual ya expiró, eventualmente puede seguir produciendo efectos, que es precisamente lo que reclama el actor, por cuanto el mecanismo de las reservas presupuestales permite que determinadas apropiaciones puedan ser ejecutadas una vez concluido el período fiscal[2].

En el caso propuesto el actor demanda el artículo 48 de la Ley 331 de 1996, por la cual se decretó el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia del 1 de enero al 31 de diciembre de 1997, norma que eventualmente pudiera seguir produciendo efectos, debido al mecanismo de reservas presupuestales que contiene el Estatuto Orgánico de Presupuesto, motivo por el cual la Corte debe pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de la misma.

Segunda. **La materia de la demanda**

La demanda presentada por el actor pretende la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 48 de la Ley 331 de 1996, por la cual se decretó el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia del 1 de enero al 31 de diciembre de 1997.

En opinión del actor, el contenido de la disposición impugnada es contrario a la Constitución y por lo tanto debe ser retirado del ordenamiento jurídico por las siguientes razones:

Porque el legislador, a través de la norma impugnada, la cual hace parte de la ley anual de presupuesto que es una ley ordinaria de vigencia transitoria, modificó disposiciones de carácter orgánico contenidas en el Decreto Ley 111 de 1996, violando así las disposiciones, entre otros de los artículos 113, 151 y 347 de la C.P.

Porque tal modificación se traduce en la prohibición tácita, para las entidades territoriales, de constituir reservas presupuestales antes de que la respectiva vigencia fiscal expire, con el objeto de atender compromisos legalmente contraídos, cuando se trate de proyectos específicos de desarrollo regional cofinanciados por la Nación a través de los respectivos fondos, desconociendo lo dispuesto en el artículo 89 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, que lo prevé y autoriza.

---

[1] Al respecto remitirse, entre otras, a las sentencias de la Corte Constitucional C-454 de 1993, C-457 de 1993, C-467 de 1993, C-104 de 1994, C-350 de 1994.

[2] Al respecto puede verse, entre otras, la sentencia C-685 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Porque lo dispuesto en el parágrafo de la norma impugnada modifica normas de carácter sustantivo, lo cual, de conformidad con las disposiciones del ordenamiento superior y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es viable, pues a través de la ley anual de presupuesto le está vedado al legislador modificar las leyes vigentes o expedir nueva legislación en sentido material.

Porque para el actor el instrumento de la cofinanciación, de conformidad con las disposiciones de la Constitución, sólo opera entre entidades territoriales, y dicho concepto no incluye a la Nación.

Tercera. **Del contenido y el alcance de la ley anual de presupuesto**

El primer aspecto de la demanda que resolverá la Corte, es el referido al contenido y alcance de las disposiciones de la ley anual de presupuesto, pues el principal cargo que presenta el actor contra el artículo 48 de la Ley 331 de 1996, se sustenta precisamente en el efecto restringido y transitorio de ese tipo de leyes, que hace inviable y contrario al ordenamiento superior, que a través de ellas el legislador modifique o derogue normas de superior jerarquía, a las cuales además está supeditado su contenido, como es el caso del Estatuto Orgánico de Presupuesto, e incluso normas de carácter ordinario de contenido sustantivo.

El presupuesto, ha dicho esta Corporación, "...es un mecanismo de racionalización de la actividad estatal, y en esa medida cumple funciones redistributivas, de política económica, planificación y desarrollo, todo lo cual explica que la Carta ordene que el presupuesto refleje y se encuentre sujeto al plan de desarrollo (C.P. art.342 y 346). Pero el presupuesto es igualmente un instrumento de gobierno y de control en las sociedades democráticas, ya que es una expresión de la separación de poderes y una natural consecuencia del sometimiento del gobierno a la ley, por lo cual, en materia de gastos, el Congreso debe autorizar cómo se deben invertir los dineros del erario público. ... esto explica la fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos, según el cual, las apropiaciones efectuadas por el Congreso por medio de esta ley son autorizaciones legislativas limitativas de la posibilidad del gasto gubernamental"[3].

Por su trascendencia e importancia para la realización misma de los objetivos propios del paradigma de organización jurídico-política por el cual optó el Constituyente, el del Estado social de derecho, la elaboración y ejecución del presupuesto está supeditada al cumplimiento de una serie de principios, cuya aplicación garantiza una adecuada y legítima política presupuestal; entre ellos, y para el caso que ocupa a la Corte, cabe destacar, en primer lugar el denominado **principio de legalidad del gasto,** el cual constituye, ha dicho esta Corporación,

> "...uno de los fundamentos más importantes de las democracias constitucionales. Según tal principio, corresponde al Congreso, como órgano de representación plural, decretar y autorizar los gastos del Estado, pues ello se considera un mecanismo necesario del control al ejecutivo y una expresión inevitable del principio democrático y de la forma republicana de gobierno (C.P. art.1). En el constitucionalismo colombiano, la legalidad del gasto opera en dos momentos diferenciados, pues en general las erogaciones no sólo deben ser previamente decretadas por la ley (C.P. art.346) sino que, además, deben ser apropiadas por la ley de presupuesto (C.P. art 345) para poder ser efectivamente realizadas" *(Corte Constitucional, Sentencia C-685 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).*

[3] Corte Constitucional, Sentencia C-685 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

En segundo lugar, es procedente destacar **el principio de especialización del gasto,** consagrado en el artículo 345 de la Carta Política, que establece que "..no se podrá transferir crédito[4] alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto"; es decir, que le está prohibido al gobierno utilizar partidas del gasto aprobadas por el Congreso para una finalidad diferente a aquélla para la cual ésta fue apropiada. Ese principio se encuentra plasmado en el artículo 18 del Decreto 111 de 1996, actual Estatuto Orgánico de Presupuesto:

> "***Artículo 18.*** *Especialización.* Las apropiaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas."

Para el cumplimiento de las funciones que se atribuyen en el Estado social de derecho al presupuesto, el Constituyente colombiano diseñó y plasmó en el texto de la Carta Política un esquema que permite la articulación efectiva de la actividad de los distintos poderes públicos en la materia; así, dispuso que tales actividades, todas, están supeditadas a los mandatos de la ley orgánica respectiva, a partir de los cuales el legislador cada año, previa la iniciativa que formule el gobierno, deberá expedir la ley anual de presupuesto.

> "***Artículo 346.*** El gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones que deberá corresponder al plan nacional de desarrollo y lo presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura.
>
> "En la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a la ley anterior, o a uno propuesto por el gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al plan nacional de desarrollo.
>
> "Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de presupuesto de rentas y ley de apropiaciones."

Ahora bien, ese mandato del Constituyente ha sido ampliamente desarrollado y delimitado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual al pronunciarse sobre el alcance y vigencia de la ley anual de presupuesto ha dicho:

> "...con respecto a la ley anual de presupuesto, esta Corporación ha señalado que tal ley no tiene, en sentido estricto, una función normativa abstracta sino un contenido concreto. En efecto, el papel de esta ley, esencial pero de carácter específico, es el de estimar y delimitar los ingresos fiscales y autorizar los gastos públicos para una determinada vigencia fiscal. Por ello, en otras oportunidades, esta Corporación ha declarado inconstitucionales aquellos apartes de las leyes anuales de presupuesto que han desbordado ese campo, o no han respetado lo estatuido por la ley orgánica" (Corte Constitucional, Sentencia C-546 de 1994, M.P. Doctor Alejandro Martínez Caballero).

También ha dicho la Corte, que ese tipo de leyes tienen una vigencia temporal y en consecuencia, tienen limitada su vida jurídica a la vigencia fiscal respectiva[5].

La Corte Constitucional ha distinguido entonces nítidamente entre la ley orgánica de presupuesto y la ley anual de presupuesto o ley de apropiaciones, al señalar que "...mientras que

---

[4] En la nomenclatura de la Hacienda Pública, la palabra crédito no tiene el significado técnico del derecho privado ya que en materia presupuestal, se denomina crédito a la "autorización conferida al Gobierno para invertir determinada suma en un servicio dado. (Jaramillo, Esteban, "Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública, Ed. Minerva, Bogotá, 1930).

[5] Corte Constitucional, sentencia C-039 de 1994, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

la ley orgánica regula el proceso presupuestal como tal, esto es, establece la manera como se prepara, aprueba, modifica y ejecuta el presupuesto (C.P. art.352), el contenido propio de las leyes anuales de presupuesto es diverso, pues a éstas corresponde estimar los ingresos y autorizar los gastos del período fiscal respectivo (C.P. art 346 y ss)"[6].

Ahora bien, esa la ley anual de presupuesto, a través de la cual el Congreso define el monto máximo del gasto estatal y apropia las partidas para una determinada finalidad, limita jurídicamente su aplicación en tres aspectos específicos:

> "...en el campo temporal, pues las erogaciones deben hacerse en el período fiscal respectivo ; ...a nivel cuantitativo, pues las apropiaciones son las cifras máximas que se pueden erogar; y finalmente en el campo sustantivo o material pues la ley no sólo señala cuánto se puede gastar sino en que se deben emplear los fondos públicos"(Corte Constitucional, Sentencia C-685 de 1996, M.P. Doctor Alejandro Martínez Caballero).

Teniendo como base el marco constitucional referido, el cual delimita el alcance y contenido de la ley anual de presupuesto, le corresponde ahora a la Corte resolver el cargo que en contra del inciso primero del artículo 48 de la Ley 331 de 1996, ley anual de presupuesto correspondiente a la vigencia de 1997, formuló el actor; para ello deberá determinar esta Corporación, si, como lo sostiene el demandante, dicho mandato desbordó el campo al cual debe circunscribirse su contenido de acuerdo con la Constitución y el Estatuto Orgánico de Presupuesto, violando y/o desconociendo sus preceptos y disposiciones.

Cuarta. ¿La orden que impartió el legislador, a través del inciso primero del artículo 48 de la ley 331 de 1996, en el sentido de que los recursos apropiados en la ley anual de presupuesto correspondientes a la vigencia fiscal de 1997, con destino a los fondos de cofinanciación, debían ser girados a los mismos durante dicha vigencia, implicó la modificación y por ende la violación de las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, en especial del artículo 89?

Para resolver este interrogante es necesario, en primer lugar, establecer que carácter tiene la norma impugnada dentro de la estructura propia de la ley anual de presupuesto.

El artículo 11 del Decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico de Presupuesto, establece que la ley orgánica de presupuesto se compone de tres partes esenciales: el presupuesto de rentas, que estima los ingresos, la ley de apropiaciones, que autoriza los gastos, y las llamadas "disposiciones generales", entre las cuales se encuentra la norma acusada, que son "normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del presupuesto General de la Nación, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expidan"

Lo anterior significa, ha dicho esta Corporación, "...que estas disposiciones generales tienen un contenido puramente instrumental, pues su finalidad no es otra que permitir una adecuada ejecución del presupuesto"[7], es decir que su función se limita a posibilitar y garantizar una fluida ejecución del presupuesto durante la respectiva vigencia fiscal, estándole vedado al legislador recurrir a ellas para producir mandatos legales en sentido material, o para modificar o derogar normas de carácter sustantivo, y mucho menos para desconocer o modificar normas de superior jerarquía, como lo son las del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

El inciso primero de la norma impugnada es una disposición general de la ley anual de presupuesto, es decir una norma cuyo contenido, para estar ajustado al ordenamiento superior

---

[6] Corte Constitucional, Sentencia C-685 de 1996, M.P. Doctor Alejandro Martínez Caballero.

[7] Corte Constitucional, Sentencia C-685 de 1996 M.P. Doctor Alejandro Martínez Caballero.

y la ley orgánica correspondiente, debió limitarse a facilitar la adecuada ejecución del presupuesto estatal asignado para la vigencia fiscal de 1997.

Desagregando el contenido de dicha norma se encuentra que ella contiene dos disposiciones concretas:

La primera que los proyectos específicos de desarrollo regional durante dicha vigencia serían viabilizados por los fondos de cofinanciación o las Udecos.

Tal disposición encuentra fundamento constitucional en el artículo 366 de la Carta, que permite recurrir a ese instrumento para el cumplimiento de los fines sociales que al Estado le atribuye dicha norma superior, valga decir, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Sobre él mismo ha dicho la Corte:

> "Ese instrumento [el de la cofinanciación] permite que existan transferencias financieras del gobierno central a las entidades territoriales que no sean obligatorias y automáticas -como lo son el situado fiscal o la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación (C.P. art. 356 y 357)- sino que puedan ser condicionadas por el gobierno central, conforme a la Constitución y a la ley. De esa manera se pretende que la nación pueda orientar la dinámica de la descentralización, al mismo tiempo que se estimula el desarrollo institucional y la eficiencia fiscal y administrativa de las distintas entidades territoriales, pues lo propio de la cofinanciación es que un componente de la inversión es sufragado por la propia entidad territorial que se encuentra así incentivada a no dilapidar los recursos. En ese orden de ideas, el mecanismo de cofinanciación encuentra amplio sustento constitucional en la fórmula territorial misma del Estado colombiano, que es una república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales (C.P. art. 1). En efecto, la cofinanciación articula los principios de unidad y autonomía del ordenamiento territorial, al mismo tiempo que desarrolla los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los cuales se funda el reparto de competencias entre los distintos niveles territoriales (C.P.art.288). Sin embargo, la constitucionalidad prima facie del mecanismo de la cofinanciación no significa que cualquier regulación de la misma sea legítima, pues obvio que ésta debe adecuarse a la Carta, y en particular a los principios y reglas constitucionales que gobiernan el proceso presupuestal y el reparto de competencias entre el Gobierno y el Congreso en este campo" (Corte Constitucional, Sentencia C-685 de 1996, M.P. Doctor Alejandro Martínez Caballero).

Cuando el legislador estableció en la disposición de la norma impugnada que se analiza, que los proyectos de desarrollo regional serían viabilizados por los fondos de cofinanciación o las Udecos, lo que hizo precisamente fue dar cumplimiento a las disposiciones orgánicas que rigen la materia. En efecto, el artículo 68 del Estatuto Orgánico de Presupuesto establece lo siguiente:

> "**Artículo 68.** No se podrá ejecutar ningún programa o proyecto que haga parte del presupuesto general de la Nación hasta tanto se encuentren evaluados por el órgano competente y registrados en el Banco Nacional de Programas y Proyectos.
>
> "Los órganos autorizados para cofinanciar, mencionados en la cobertura de esta Ley Orgánica, cofinanciarán proyectos, a iniciativa directa de cualquier ciudadano, avalados por las entidades territoriales, ante los órganos cofinanciadores o a través de aquéllas.
>
> "Las entidades territoriales beneficiarias de estos recursos deberán tener garantizado el cumplimiento de sus obligaciones correspondientes al servicio de la deuda y aportar lo que le corresponda.

"Para Entidades Territoriales cuya población sea inferior a 20.000 habitantes conforme al censo de población de 1985, se podrán utilizar mecanismos financieros alternativos para facilitar la cofinanciación."

Es decir, que lo dispuesto en la primera parte del inciso impugnado que se analiza, no sólo encuentra sustento constitucional en el artículo 366 de la Carta Política, sino que es coherente y compatible con los mandatos consignados en la Ley Orgánica de presupuesto, sobre proyectos cofinanciados entre las entidades territoriales y la Nación (arts. 68 a 70 Decreto 111 de 1996), luego en nada contradice el ordenamiento superior.

Pero además, dicha disposición posibilita la realización del mandato del Constituyente que ordena, en el mismo artículo 366 de la Carta Política, darle prioridad al gasto público social sobre cualquier otra asignación. Es decir, que el inciso primero del artículo 48 de la Ley 331 de 1996, al establecer que los proyectos específicos de desarrollo regional a cargo de las entidades territoriales, se viabilizarían por los fondos de cofinanciación, y que los recursos asignados para el efecto a los respectivos fondos deberán ser girados, desde luego previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que establece el Estatuto Orgánico, durante la respectiva vigencia fiscal, dio paso al cumplimiento de dicho mandato superior, sin desconocer, ni las competencias que la Carta ha establecido entre el Congreso y el gobierno en materia presupuestal, ni ningún mandato del ordenamiento orgánico correspondiente.

La segunda disposición que contiene el inciso impugnado, ordenaba que los recursos apropiados en dicha ley para el efecto, fueran girados a los respectivos fondos de cofinanciación durante la vigencia fiscal de 1997.

Según el demandante, tal disposición es contraria a lo dispuesto en el artículo 89 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, norma de superior jerarquía que como tal no podía ser modificada o derogada por el legislador a través de una de las disposiciones generales de la ley de apropiaciones; dice el citado artículo 89 de la ley orgánica de presupuesto:

> "Las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva. Después del 31 de diciembre de cada año estas autorizaciones expiran y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse, ni contracreditarse.
>
> "Al cierre de la vigencia fiscal cada órgano constituirá las reservas presupuestales con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales solo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen.
>
> "Igualmente, cada órgano constituirá al 31 de diciembre del año cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios.
>
> "El gobierno nacional establecerá los requisitos y plazos que se deben observar para el cumplimiento del presente artículo."

En opinión del actor, esta disposición del inciso primero de la norma impugnada, desconoce abiertamente lo dispuesto en la norma orgánica citada, pues tácitamente obliga a las entidades territoriales a ejecutar los proyectos de desarrollo regional que se financien parcialmente con recursos de la Nación, a través de los respectivos fondos de cofinanciación, durante la vigencia fiscal en la cual se efectúe la apropiación, desconociendo, primero, que tales apropiaciones son

autorizaciones máximas, segundo, que ellas pueden ser ejecutadas o **comprometidas,** según lo demande el desarrollo específico de cada proyecto, y tercero que en este último evento cada órgano podrá y deberá constituir las respectivas reservas presupuestales.

A través de la disposición acusada, según el actor, se le impide a las entidades territoriales contraer legalmente compromisos que garanticen la realización de un proyecto de desarrollo regional específico, cuya realización se desplace a una vigencia fiscal subsiguiente, lo que contradice los términos de la norma orgánica citada y desvirtúa la naturaleza misma de este tipo de proyectos.

No comparte la Sala la lectura que hace el demandante de esta parte de la disposición impugnada, pues, como lo ha señalado esta Corporación, el presupuesto es una ley de autorización de gastos que limita jurídicamente su aplicación, entre otros, en el aspecto temporal, lo que significa que las erogaciones que se deriven de **compromisos adquiridos y ejecutados** durante la vigencia de conformidad con los mandatos de la Constitución y la ley, deben hacerse en el período fiscal respectivo.

El inciso primero del artículo 48 de la Ley 331 de 1996, lo que hace es reiterar ese límite temporal, sin que pueda desprenderse de su texto la prohibición para las entidades territoriales a la que se refiere el actor, pues la disposición impugnada se refiere al giro de los recursos destinados a esa clase de proyectos, a los Fondos de Cofinanciación, no a las entidades territoriales que recurren a ellos para el efecto, las cuales los reciben directamente de aquéllos y no, como parece entenderlo el demandante, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

Lo anterior, hace aun más pertinente la disposición impugnada, pues lo que pretende es facilitar el cumplimiento de las obligaciones que dichos fondos adquieran con las entidades territoriales con las cuales cofinancian proyectos de desarrollo regional, para lo cual requiere la disponibilidad efectiva de los recursos asignados y apropiados para ellos en la ley de presupuesto.

En ningún momento el legislador a través de inciso impugnado, les prohíbe a dichos fondos, y mucho menos a las entidades territoriales, a las cuales no se refiere, constituir las reservas presupuestales que sean necesarias para cubrir los compromisos legalmente adquiridos por dichos órganos, lo cual deberán hacer previo el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan esa materia. No encuentra entonces la Corte ningún argumento válido que respalde la acusación del actor, por lo que procederá a declarar exequible el inciso primero del artículo 48 de la Ley 331 de 1996.

Quinta. Los porcentajes de participación de las entidades territoriales, en la financiación de proyectos de desarrollo regional viabilizados a través de los fondos de cofinanciación, establecidos en el parágrafo del artículo 48 de la ley 331 de 1996, modifican y derogan normas legales de carácter sustantivo.

Ha quedado establecido, que dado el alcance y las características del contenido de la ley anual de presupuesto, a través de ella el legislador no puede producir normativa legal en sentido material ni modificar o derogar normas legales sustantivas, pues ello implicaría la vulneración del ordenamiento superior y el desconocimiento de disposiciones específicas del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

A partir de esos presupuestos, se analizará la acusación que contra el parágrafo del artículo 48 de la Ley 331 de 1996 presenta el actor.

Para él el legislador no podía, a través de las disposiciones generales de la ley anual de presupuesto, en algunos casos imponer a las entidades territoriales porcentajes de participación en la financiación de proyectos de desarrollo regional que otras normas sustantivas de carácter

especial vigentes no habían previsto, y en otros modificar esos porcentajes que en cuantías diferentes él mismo había definido para algunas de ellas, en normas de carácter orgánico, pues en el primer caso sin tener capacidad para hacerlo modificó y derogó normas legales de contenido material, y en el segundo, además, derogó normas de superior categoría.

El artículo 69 del Estatuto Orgánico de Presupuesto establece lo siguiente:

> "**Artículo 69.** En municipios con menos de 20.000 habitantes, las contrapartidas locales totales exigidas para la financiación de los proyectos de cofinanciación que se encuentren identificados en el decreto de liquidación, no podrán ser mayores al 100% de aquella participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación que la ley 60 de 1993 asigna al respectivo sector al cual pertenezca el tipo de proyecto.
>
> "Los proyectos de cofinanciación identificados en el decreto de liquidación o en sus distribuciones serán evaluados y aprobados directamente por los órganos cofinanciadores o por los mecanismos regionales previstos en el sistema de cofinanciación.
>
> "**Parágrafo.** Los municipios de los departamentos de Vichada, Guaviare, Vaupés, Amazonas, Guainía, San Andrés y Providencia y Putumayo, cofinanciarán como máximo el 5% de los proyectos de inversión".

El parágrafo impugnado del artículo 48 de la Ley 331 de 1996, establece que para los proyectos específicos de desarrollo regional, viabilizados a través de los fondos de cofinanciación durante la vigencia fiscal de 1997, la cofinanciación a cargo de las entidades territoriales será del 5% al 10%, estableciendo que los municipios, en todos los casos, sin que señale excepción alguna, deberán asumir el 5%.

Es decir, que el legislador, a través de una disposición general de la ley anual de presupuesto, norma instrumental cuyo función se limita a posibilitar y facilitar la ejecución del mismo, modificó lo establecido en el inciso primero del artículo 69 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, norma de superior jerarquía a la cual está supeditado su contenido, con lo cual incurrió en la violación de los artículos 151, 349, 350 y 351 de la C.P., lo que es suficiente para declararlo inexequible.

Ahora bien, si se analiza el contenido del parágrafo impugnado del artículo 48 de la Ley 331 de 1996, a la luz de lo dispuesto en el parágrafo del citado artículo 69 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, no encuentra la Corte que el legislador haya incurrido en violación de este último, pues al establecer como porcentaje de participación en la cofinanciación de proyectos de desarrollo regional, el 5% para todos los municipios, no contradijo la norma orgánica citada, que asigna ese mismo porcentaje a unos específicos y determinados municipios, motivo por el cual no se configura en este punto ninguna contradicción.

Hasta ahora ha quedado establecido, que el parágrafo de la norma impugnada viola el inciso primero del artículo 69 de la ley orgánica de presupuesto, no así el parágrafo de dicha disposición orgánica, y que lo primero sería suficiente para declararlo inexequible; sin embargo, anota el demandante que además el parágrafo acusado modifica y deroga el contenido de leyes sustantivas anteriores, lo cual de verificarse también sustentaría la decisión de esta Corporación de retirarlo del ordenamiento superior.

La primera norma sustantiva que el actor considera que fue modificada por el parágrafo impugnado del artículo 48 de la Ley 331 de 1996, es el decreto extraordinario 2132 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 20 transitorio de la Carta Política. En efecto, dicha norma, por la cual se reestructuran y fusionan algunas de las entidades y dependencias de la administración nacional, regula lo correspondiente, entre otros, al Fondo de Cofinanciación

para la Inversión social -FIS-, al Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural -DRI-, y al Fondo de Cofinanciación para la Infraestructura Vial y Urbana adscrito a FINDETER.

En los tres casos, dichos fondos tienen como objetivo cofinanciar programas y proyectos que en el área que les es propia presenten las entidades territoriales; así, el FIS debe hacerlo en lo relacionado con salud, educación, cultura, recreación, deportes y atención de grupos vulnerables de población (art. 2) ; el DRI respecto de programas y proyectos de inversión para las áreas rurales en general y especialmente para las áreas de economía campesina y zonas de minifundio, de colonización y de las comunidades indígenas (art. 11); mientras el Fondo de Cofinanciación para la infraestructura rural y urbana deberá atender lo relativo a programas y proyectos de construcción, rehabilitación y mantenimiento de vías departamentales y veredales, acueductos, plazas de mercado, aseo, tratamiento de basuras, parques, escenarios deportivos, etc. (art. 19).

En ninguno de los casos, el legislador establece los porcentajes de participación con los que deben concurrir las entidades territoriales, lo cual es coherente con lo que dispuso en el artículo 23 del mismo decreto 2132 de 1992, que le atribuye a las Juntas Directivas de lo Fondos la función de definir el porcentaje de los recursos del sistema de cofinanciación que se destinará a financiar el diseño de programas y proyectos cuando se trate de entidades territoriales que demuestren no estar en condiciones de sufragar su costo.

Se constata que la imposición de los porcentajes que contiene el parágrafo de la norma impugnada, implica la creación de una norma de contenido material, que modifica y deroga disposiciones legales previas de carácter sustantivo, para lo cual el legislador carecía de competencia, pues le está vedado, a través de la ley anual de presupuesto y especialmente de las disposiciones generales de la misma, derogar o modificar legislación sustantiva. Hay, pues, un evidente desbordamiento de las facultades que le correspondía desarrollar al Congreso a través de la ley de apropiaciones que expidió para la vigencia fiscal de 1997, que acarrea la inconstitucionalidad del parágrafo en mención, por violación, entre otros, de los artículos 346, 347, 349 y 351 de la C.P.

Con base en lo anterior, la Corte declarará inconstitucional el parágrafo del artículo 48 de la Ley 331 de 1996.

Sexta. La realización de los fines sociales del Estado a los que se refiere el artículo 366 de la C.P., exige la concurrencia de la Nación y de las entidades territoriales, en el desarrollo de programas y proyectos específicos, dirigidos a solucionar problemas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

La afirmación del actor, en el sentido de que el instrumento de la cofinanciación tan sólo puede operar entre entidades territoriales, dado que la Nación está inhabilitada para recurrir a dicho mecanismo por no ser ésta una de ellas de acuerdo con la definición del artículo 286 superior, refleja una interpretación aislada de las normas del ordenamiento superior.

Ya se señaló antes, que esta Corporación en anteriores pronunciamientos[8] ha reconocido la legitimidad de ese instrumento, que permite que existan transferencias financieras del gobierno central a las entidades territoriales que no sean obligatorias y automáticas, y que las mismas sean condicionadas por el primero.

Dicha legitimidad encuentra sustento en los mandatos del Constituyente consagrados en los artículos 366 y 288 de la Carta Política, pues el primero establece como fines esenciales del

[8] Corte Constitucional, Sentencia C-685 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Estado el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, especialmente en aspectos relacionados con salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, para lo cual habilita a la Nación y a las entidades territoriales a incluir en sus planes y presupuestos las asignaciones requeridas, las cuales, además, en cuanto constituyen gasto público social, tendrán prioridad sobre cualquier otra asignación.

Esos objetivos habrán de cumplirlos sin invadir las competencias que a una y otras les asigne la ley, y dando aplicación estricta a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, aspectos que deberán desarrollarse en la ley orgánica de ordenamiento territorial, que de conformidad con lo establecido en el citado artículo 288 superior, establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

El carácter unitario que el Constituyente le dio al Estado y la vigencia en el mismo de principios como el de la solidaridad y la participación comunitaria, justifican la concurrencia de la Nación y de las entidades territoriales en el diseño y desarrollo de programas y proyectos dirigidos a garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, pues sólo así será posible avanzar en la realización efectiva de principios también de rango constitucional, como, por ejemplo, el de descentralización y autonomía territorial.

Pretender, como lo manifiesta el demandante que los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad sólo operen a nivel territorial despojando a la Nación de esa responsabilidad en tanto orientadora de la dinámica de la descentralización, contrariaría el fundamento filosófico en el que se soporta el Estado social de derecho.

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, en los términos de esta Sentencia, el inciso primero del artículo 48 de la Ley 331 de 1996, "Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de Capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1997", en el entendido de que se trata de una norma de carácter temporal.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLE el parágrafo del mismo artículo 48 de la Ley 331 de 1996.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
-Con salvamento de voto-

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
-Con salvamento de voto-

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-201

LEY ANUAL DE PRESUPUESTO-No debe establecer reglas sobre ejecución presupuestal (Salvamento de voto)

El contenido de las leyes anuales de presupuesto no puede ser otro que el relativo a la previsión de los ingresos, gastos e inversiones del período correspondiente. La ley anual -ha sostenido la Corte- "no tiene, en sentido estricto, una función normativa abstracta sino un contenido concreto". Así las cosas, nos parece que la ley anual de presupuesto no está llamada a establecer reglas sobre cómo debe llevarse a cabo la ejecución presupuestal, asunto que, en nuestro criterio, corresponde únicamente a la normatividad orgánica.

Nos remitimos a los argumentos que ya habíamos expuesto en relación con la Sentencia C-053 del 5 de marzo de 1998 (M.P.: Doctor Fabio Morón Díaz), los cuales son suficientes para sostener, como ahora lo hacemos, que la decisión ha debido ser inhibitoria por carencia actual de objeto, al haber desaparecido del orden jurídico la disposición examinada. Y esto, en razón de estar incluida ella en una ley anual de presupuesto cuya vigencia ya expiró.

Aunque la Corte funda su decisión de entrar al fondo del asunto, pese a lo anotado, en el hecho de que a través del mecanismo de las reservas presupuestales la norma legal examinada puede estar produciendo efectos, justamente uno de los puntos materia de debate es el concerniente a si el artículo impedía las reservas presupuestales para los proyectos de desarrollo regional. La Corte dice que no, pero declara exequible la norma en cuanto establece que los recursos correspondientes "serán girados durante la vigencia del año fiscal" y, más aún, condiciona la exequibilidad "en el entendido de que se trata de una norma de carácter temporal"

A nuestro juicio, es manifiesta la contradicción en que incurre la Sentencia, pues el motivo para adoptar decisión de mérito -no obstante la precaria y predeterminada vigencia de la norma, ya concluida- es precisamente el que resulta desvirtuado en el análisis.

Ahora bien, en el caso de aceptarse que, dado el contenido de sus mandatos, el aludido artículo siga produciendo efectos, ha debido ser declarado inexequible por establecer disposiciones ajenas a la específica materia de esta clase de leyes, cuya unidad tiene que conservarse a la luz de los preceptos constitucionales. El contenido de las leyes anuales de presupuesto no puede ser otro que el relativo a la previsión de los ingresos, gastos e inversiones del período correspondiente. La ley anual -ha sostenido la Corte- "no tiene, en sentido estricto, una función normativa abstracta sino un contenido concreto"

"En efecto -agrega la jurisprudencia-, el papel de esta ley, esencial pero de carácter específico, es el de estimar y delimitar los ingresos fiscales y autorizar los gastos públicos para una determinada vigencia fiscal" (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-546 del 1° de diciembre de 1994. M.P.: Doctor Alejandro Martínez Caballero).

Así las cosas, nos parece que la ley anual de presupuesto no está llamada a establecer reglas sobre cómo debe llevarse a cabo la ejecución presupuestal, asunto que, en nuestro criterio, corresponde únicamente a la normatividad orgánica.

Desde ese punto de vista, repetimos nuestras afirmaciones, a propósito de la Sentencia C-053 del 5 de marzo de 1998:

> "...según el estricto sentido de normas constitucionales como las contenidas en los artículos 150 -numeral 11-, 346, 347, 350 y 351 de la Carta, entre otros, la Ley Anual de Presupuesto -como su misma denominación lo indica- tiene por objeto único la formulación, para el período correspondiente, del Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones, es decir, las partidas de ingresos, gastos e inversiones que se prevén, y de ninguna manera puede el Congreso, mediante ella, establecer normas de carácter permanente, prescribir conductas o señalar prohibiciones, menos si están destinadas a regir más allá del tiempo en que rija el presupuesto aprobado.
>
> Es claro que el objeto propio de estas leyes se agota con la formulación del presupuesto, y que es inconstitucional que el Congreso, al expedirlas, pretenda introducir reglas sobre ejecución presupuestal, las cuales deben ser puestas en vigencia mediante Ley Orgánica, de acuerdo con el perentorio texto de los artículos 151 y 352 de la Constitución".

La disposición objeto de estudio plasma unas reglas sobre ejecución presupuestal y, más todavía, excediendo el campo presupuestal, entra a disponer sobre la manera como deben canalizarse o "viabilizarse" los proyectos específicos de desarrollo regional, lo que sería más propio de la Ley del Plan de Desarrollo (art. 339 C.P.), de los planes de desarrollo de las entidades territoriales, o de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, en cuanto a distribución de competencias entre ellas y la Nación y en lo relativo a desarrollo de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (arts. 151 y 288 C.P.).

Por otra parte, coincidimos con el actor en lo referente a la inconstitucionalidad del artículo demandado:

1. La norma sí modifica las disposiciones de la Ley Orgánica de Presupuesto, toda vez que, mientras en ésta (artículo 89, transcrito en la Sentencia) se autorizan expresamente las reservas presupuestales, precisamente para que las erogaciones correspondientes a compromisos válidamente contraídos pero no ejecutados dentro de la respectiva vigencia fiscal puedan efectuarse después de su expiración, en el precepto de la ley anual materia de proceso tales reservas se hacen imposibles cuando se trate de proyectos de desarrollo regional, ya que lo dispuesto en él, declarado exequible como norma de carácter temporal, consiste precisamente en lo contrario: los recursos "serán girados durante la vigencia del año fiscal", entonces, no pueden serlo después del 31 de diciembre de 1997, aunque se hubiera comprometido la partida correspondiente y aun en el evento, previsto en la Ley Orgánica, de que existiera la reserva presupuestal.

En el fondo, la Sentencia hace prevalecer esta norma de la ley anual sobre la orgánica, pues el giro de tales queda expresamente prohibido.

2. Sí resulta limitada, inconstitucionalmente, la libertad de las entidades territoriales interesadas en proyectos de desarrollo regional, pues se las obliga, en contra de la normatividad orgánica (art. 68 del Estatuto Orgánico del Presupuesto) a canalizar la cofinanciación de los mismos, como única posibilidad permitida, a través de los fondos de cofinanciación y las "Udecos".

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA C-202
mayo 13 de 1998

CARRERA ADMINISTRATIVA PARA EMPLEADOS DE LA SALUD

Sin que sea preciso obviar las diferencias que se han establecido entre los empleos que deben ser de carrera y los que están exceptuados de esa regla general, cabe afirmar, en contra de lo que cree el demandante, que la protección debida al trabajo y la exigencia de las obligaciones ajenas a la función pública permiten la aplicación de unos mismos principios al conjunto de servidores estatales, no siendo válido sostener que esos principios cobijan tan sólo a un sector de estos servidores o que son distintos como distintas son las categorías de empleos y las modalidades de vinculación. Así pues, cuando la preceptiva acusada señala que las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios de la carrera administrativa, lejos de incurrir en una impropiedad reñida con la Carta, lo que hace es otorgarle expresión legal a los principios constitucionales llamados a permear la función pública, reforzando de paso la situación de los trabajadores oficiales al hacerlos beneficiarios de las garantías que le otorgan una protección más acentuada a los referidos principios tratándose del régimen de carrera administrativa. La aplicación a los trabajadores oficiales de los aspectos propios de la carrera administrativa no sólo redunda en beneficio de los derechos constitucionales que a ellos les corresponden, sino que, adicionalmente, se traduce en la posibilidad de una mayor exigencia de acatamiento a los principios de eficacia y eficiencia que no siendo privativos del régimen de carrera administrativa vinculan a todos los servidores del Estado.

Referencia: Expediente D-1876

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 30 (parcial) de la Ley 10 de 1990, "por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones".

Actor: José Antonio Galán Gómez

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D.C., mayo trece (13) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Jose Antonio Galán Gómez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, establecida en la Constitución Política de 1991, solicitó a la Corte la declaración de inexequibilidad de algunos apartes del artículo 30 de la ley 10 de 1990, "por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones".

Admitida la demanda, se fijó en lista el negocio y, simultáneamente, se corrió traslado al despacho del señor Procurador General de la Nación, para efectos de obtener el concepto de su competencia. Además, se comunicó la iniciación del proceso al señor Presidente de la República y a los señores ministros de Salud, Hacienda y Crédito Público, Trabajo y Seguridad Social, así como al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Cumplidos como están los trámites propios de esta clase de actuaciones, la Corte Constitucional procede a adoptar su decisión.

II. EL TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

Se transcribe a continuación el artículo 30 de la ley 10 de 1990, destacando en negrillas lo acusado.

"LEY 10 DE 1990

(enero 10)

Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

"Art. 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, ***en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa****, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo.*

A los empleados públicos del sector salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley"

III. LA DEMANDA

Recuerda el demandante que según el parágrafo del artículo 26 de la ley 10 de 1990, los trabajadores oficiales del sector salud son aquellos que desempeñan funciones de mantenimiento de la planta física y hospitalaria y los de servicios generales de las mismas entidades, de donde deduce que no se trata de agentes políticos del gobierno ni de funcionarios administrativos.

A juicio del actor, la preceptiva acusada contradice el artículo 125 de la Constitución que prohíbe aplicar a los trabajadores oficiales la carrera administrativa, mientras que, en contra de ese mandato expreso, el artículo 30 de la ley 10 de 1990 obliga a que se les apliquen "algunos principios compatibles de la carrera administrativa".

IV. INTERVENCIONES OFICIALES

1. El Ministro de Salud, actuando mediante apoderado, defiende la constitucionalidad de la disposición impugnada, aduciendo que ella no se ocupa de clasificar los empleos sino de extender a los trabajadores oficiales, en cuanto resulten compatibles, principios y reglas que rigen para los funcionarios de carrera, tales como la igualdad, la estabilidad y la eficiencia que

en distintas normas constitucionales aparecen consagrados en garantía de empleados públicos y de trabajadores oficiales.

2. La apoderada del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicita a la Corte que declare ajustados a la Constitución los apartes acusados, ya que "tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales, en cuanto al ingreso, permanencia y retiro de las entidades del sector público, se encuentran regidos por ciertos principios y reglas generales que pueden ser aplicables, indistintamente, a unos y otros, con el fin de que el Estado garantice una eficiente prestación de los servicios públicos que tiene a su cargo".

V. EL CONCEPTO FISCAL

El señor Procurador General de la Nación solicitó a la Corte "declarar CONSTITUCIONAL, en lo acusado, el inciso primero del artículo 30 de la Ley 10 de 1990", luego de considerar que establece parámetros acordes con lo establecido en el artículo 53 superior y que, por lo mismo, ha de entenderse que "procura dar mayor protección a los trabajadores oficiales, a quienes se podrá amparar, además, mediante la aplicación de los postulados que orientan el sistema de carrera administrativa".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. **La competencia.**

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, en atención a lo dispuesto por el artículo 241-4 de la Constitución Política.

Segunda. **La materia**

La carrera administrativa ha sido definida como un sistema técnico orientado al manejo del elemento humano vinculado a la función pública, en cuyo diseño la ciencia de la administración ha combinado las prerrogativas que el ordenamiento jurídico reconoce a quienes prestan sus servicios al Estado y la necesaria preservación de los principios de eficacia y eficiencia.

Es así como la carrera administrativa exige de las personas a ella vinculadas el riguroso cumplimiento de sus deberes y obligaciones, propiciando el control y la evaluación periódica del rendimiento y, a la vez, les garantiza, entre otros derechos, el acceso en condiciones de igualdad, la estabilidad en el empleo y las posibilidades de ascenso, con base en la determinación de los méritos y de las calidades de los aspirantes, sin que puedan tenerse en cuenta, para estos efectos, "móviles de carácter político que perturben la acción del Estado en el adecuado cumplimiento de sus fines"[1]

El artículo 125 de la Carta Política establece que "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera", de donde surge que la pertenencia a la carrera administrativa tiene el carácter de un principio general que fue exceptuado por el propio Constituyente, al señalar que no corresponden al régimen de carrera los empleos que determine la ley, así como los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los de trabajadores oficiales.

Tratándose del sector salud, el artículo 26 de la ley 10 de 1990 preceptúa que en la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación del servicio respectivo, los empleos pueden ser de carrera o de libre nombramiento y remoción.

---

[1] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-306 de 1995. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Dentro de esta última categoría aparecen ubicados los trabajadores oficiales, que según el parágrafo de la norma en comento, son aquellos que desempeñan "cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones; clasificación que es reiterada por el artículo 195-5 de la Ley 100 de 1993 pues, refiriéndose a las empresas sociales del Estado integradas al Sistema Nacional de Salud, indica que 'Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 de 1990"[2].

De los términos de la demanda que en esta ocasión ocupa la atención de la Corte, se deduce, con facilidad, que para el actor el artículo 125 superior impone una absoluta incompatibilidad entre el régimen de carrera administrativa y el que es propio de los empleados que no pertenecen a ella, de modo que los principios y reglas que orientan el sistema de carrera en manera alguna resultan aplicables a los trabajadores oficiales que, por expresa disposición constitucional, se encuentran al margen de la carrera.

La Corte no comparte los criterios expuestos en el libelo demandatorio pues, aunque es del caso admitir que la Carta Política y la ley establecen significativas diferencias entre los empleados de carrera y los que no lo son, también debe aceptarse que la Constitución Política contiene un conjunto de garantías y de exigencias que, pese a cobrar especial significado tratándose de la carrera administrativa, son predicables de todos los empleados al servicio del Estado y, adicionalmente, de los trabajadores particulares.

Para confirmar el anterior aserto basta reparar en que, desde su preámbulo, la Carta Política reconoce al trabajo como uno de los bienes que, sin discriminación alguna, la organización política pretende asegurar a sus integrantes y, en consonancia con ese postulado, el Estatuto Superior proclama, en su artículo 25, que "Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y justas".

De acuerdo con la interpretación prohijada por la Corte, las condiciones dignas y justas en las que han de desarrollarse las actividades que constituyen trabajo tienen que ver con las enunciadas como principios mínimos fundamentales, en el artículo 53 de Constitución[3].

Es suficiente una simple comparación de los principios que informan la carrera administrativa con los que se hallan plasmados en el artículo 53 superior, para percatarse de que la protección al trabajo como valor fundante trasciende todas las clasificaciones que de él se hagan, todas las modalidades de vinculación y, claro está, la índole privada o pública del empleador y de las consiguientes tareas.

Así por ejemplo, la igualdad de oportunidades es cara al régimen de carrera administrativa, pero también aparece como garantía en favor del resto de los trabajadores; de la estabilidad ha dicho esta Corporación que "En Colombia la consagran los artículos 53 y 125 de la Constitución, el primero alusivo a todos los trabajadores y el segundo aplicable a los servidores del Estado", en cuyo caso, "resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera ya que los trabajadores inscritos en ella tan sólo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado (art. 125, inciso 2° C.N.), al paso que en los empleos de libre nombramiento y remoción, por su propia

---

[2] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-432 de 1995. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

[3] Cf. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia No. T-457 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

naturaleza, la permanencia del empleado está supeditada a la discrecionalidad del nominador, siempre y cuando en el ejercicio de esta facultad no se incurra en arbitrariedad mediante desviación de poder (artículos 125 y 189, numeral 1° C.N.)".[4]

La identidad de los principios que gobiernan las relaciones laborales es evidente y si bien es cierto que por virtud de la carrera administrativa algunos de ellos adquieren un grado mayor de intensidad, su proyección hacia la totalidad del ámbito laboral es incuestionable y, en este sentido, la Corte, aludiendo a los principios mínimos consagrados en al artículo 53 superior, tuvo ocasión de afirmar que:

> "La prevalencia de estos principios debe, así mismo, mantenerse en toda relación laboral, incluso en la que surge entre la administración y sus servidores. Esto debe ser así, por cuanto la administración como una de las mayores fuentes de empleo no puede desconocer el valor del trabajo, así como la prevalencia de los principios enunciados en el artículo 53 de la Constitución Nacional.
>
> "Si bien la administración al momento de escoger sus funcionarios lo hace sobre presupuestos de necesidad del servicio y utilidad pública para que determinado empleo sea desempeñado, no indica ello que la administración imponga su voluntad sobre la persona designada, pues el funcionario también posee intereses y derechos que, si en determinado momento ceden por la necesidad del servicio, superviven en lo que hace a la igualdad -en las condiciones de acceso al servicio-, la libertad y la protección jurisdiccional de su patrimonio." "La administración no puede unilateralmente entrar a variar los derechos de sus servidores. Se encuentra limitada por factores tales como la autorregulación sobre forma de vinculación al servicio, los derechos que a partir de ella se generan y la forma en que ha de efectuarse el retiro. **Es la misma ley la que ha establecido los derechos y deberes de que gozan las distintas clases de servidores; ella permite a la administración variar algunas condiciones dentro de ciertos límites en lo que hace a la función pública**" (Negrillas fuera de texto)[5]

De otra parte, es pertinente recordar que la importancia que se les reconoce a los principios de eficacia y eficiencia en materia de carrera administrativa no los hace exclusivos de este régimen, por cuanto los mismos están llamados a irradiar la totalidad de la administración pública, con independencia de la categoría de los servidores públicos y de las labores que desempeñen.

Siendo así las cosas, y sin que sea preciso obviar las diferencias que desde la misma Constitución y con mayor detalle en la ley se han establecido entre los empleos que deben ser de carrera y los que están exceptuados de esa regla general, cabe afirmar, en contra de lo que cree el demandante, que la protección debida al trabajo y la exigencia de las obligaciones anejas a la función pública permiten la aplicación de unos mismos principios al conjunto de servidores estatales, no siendo válido sostener que esos principios cobijan tan sólo a un sector de estos servidores o que son distintos como distintas son las categorías de empleos y las modalidades de vinculación.

---

[4] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-479 de 1992. M.P. Dres. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

[5] Cf. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia No. T-457 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

En otras palabras, sobre la base del respeto a unos principios mínimos, la Constitución y la ley le permiten a la administración, en relación con sus servidores, un margen de actuación, que puede ser mayor o menor, dependiendo de la clase de empleo, de las formas de vinculación, de la naturaleza de las labores encomendadas, etc., margen que no debe ser utilizado más allá de los límites impuestos por los principios; límites que, a su turno y en atención a los factores que se dejan reseñados, acusan diversos grados de severidad, pero que en todo caso constituyen barreras contra la arbitrariedad.

Así pues, cuando la preceptiva acusada señala que las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios de la carrera administrativa, lejos de incurrir en una impropiedad reñida con la Carta, lo que hace es otorgarle expresión legal a los principios constitucionales llamados a permear la función pública, reforzando de paso la situación de los trabajadores oficiales al hacerlos beneficiarios de las garantías que le otorgan una protección más acentuada a los referidos principios tratándose del régimen de carrera administrativa.

Es menester aclarar que la mayor protección adquirida por los trabajadores oficiales del sector salud, merced a la aplicación de algunas de las prerrogativas propias de la carrera administrativa, no cambia su relación contractual de trabajo.

Tanto es cierto que el segmento acusado del artículo 30 de la ley 10 de 1990 no comporta, a propósito de los trabajadores oficiales del sector salud, la confusión entre el régimen de carrera administrativa y la regulación aplicable a los empleados públicos excluidos de dicho régimen que, atendido su tenor literal, únicamente autoriza la aplicación a los trabajadores oficiales de los principios y reglas propios de la carrera administrativa, en cuanto sean "compatibles", es decir, la propia norma tiene como supuesto la existencia de aspectos "no compatibles" que, sin sacrificar el respeto a los principios mínimos, hacen la diferencia.

Finalmente, es de mérito apuntar que la aplicación a los trabajadores oficiales de los aspectos propios de la carrera administrativa no sólo redunda en beneficio de los derechos constitucionales que a ellos les corresponden, sino que, adicionalmente, se traduce en la posibilidad de una mayor exigencia de acatamiento a los principios de eficacia y eficiencia que, como más arriba se dejó consignado, no siendo privativos del régimen de carrera administrativa vinculan a todos los servidores del Estado.

En armonía con anterior consideración, es pertinente recordar que "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado", cuyo deber es "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional" y que justamente la atención a la salud es un servicio público a cargo del Estado.

La acusación que el actor formula en contra de la expresión "en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios de la carrera administrativa", contenida en el artículo 30 de a ley 10 de 1990, debe desestimarse pues lo acusado no quebranta la Constitución Política.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES los apartes acusados del artículo 30 de la Ley 10 de 1990.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E).

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-228
mayo 20 de 1998

AUTONOMIA LEGISLATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA-Derogación de normas

De conformidad con el artículo 150 del Estatuto Supremo, el legislador goza de autonomía para determinar cuáles normas deben ser retiradas del ordenamiento positivo y cuáles deben permanecer. Por esta razón, la norma impugnada no viola la Constitución, pues simplemente se limita a señalar la derogación parcial de una ley.

CORTE CONSTITUCIONAL-No le corresponde determinar vigencia de normas/ **NORMA DEROGADA**-Pronunciamiento de fondo/**NORMA DEROGADA**-No recobra vigencia por la mención

A la Corte Constitucional no le corresponde determinar si un precepto legal se encuentra vigente, salvo en aquellos casos en que sea éste el artículo demandado, pues el pronunciamiento en el juicio de constitucionalidad solamente recae sobre disposiciones que se encuentran vigentes o que estando derogadas aún continúan produciendo efectos. Así las cosas, la derogación o no del artículo 17 de la Ley 126 de 1938 no inhibe a la Corte para resolver sobre la exequibilidad del aparte acusado del artículo 97 de la ley 143 de 1994, que como ya se expresó, se limita a derogar una ley en forma parcial. Si el artículo 17 de la Ley 126 de 1938, se encontrara derogado, no puede recobrar nuevamente vigencia por la sola mención que de él se hace en el artículo 97 de la ley 143 de 1994, materia de impugnación, sino en virtud de otro precepto legal que lo reprodujera.

Referencia: Expediente D-1872

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 97 (parcial) de la ley 143 de 1994.

Demandante: Carlos Germán Farfán Patiño y Libardo Cajamarca Castro.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES.

Ejerciendo la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Carlos Germán Farfán Patiño y Libardo Cajamarca Castro, presentan demanda contra el artículo 97 (parcial) de la ley 143 de 1994, por considerar que dicha disposición viola los artículos 4° inciso 1°, 294 y 363 de la Constitución.

Cumplidos los trámites señalados en la Constitución y la ley y oído el concepto del Ministerio Público, procede la Corte a decidir.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

LEY 143 de 1994

"Por la cual se establece el régimen para la generación e interconexión, transmisión y comercialización de electricidad en todo el territorio nacional, y se dictan otras disposiciones en materia energética."

...

"Artículo 97. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial, las leyes 113 de 1928, 109 de 1936, 126 de 1938, con exclusión de los artículos 17 y 18 y el artículo 12 de la Ley 19 de 1990".

El aparte subrayado es el demandado.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Los actores formulan los siguientes cargos contra el artículo 97 de la ley 143 de 1994:

- "El artículo 97 de la ley 143 de 1994, en cuanto derogó la Ley 126 de 1938, con la exclusión del artículo 17 de la mencionada ley, la cual como hemos sostenido se encontraba derogada, viola el artículo 294 de nuestra Carta Política, al establecer una exención o prohibición en el pago del tributo municipal de industria y comercio, el cual se encuentra totalmente vigente en la ley 14 de 1983, subrogado por el Decreto 1333 de 1986 en cuanto determinó y reglamentó en su totalidad el mencionado tributo, incluyendo la generación y venta de energía, dentro de las actividades industriales o de servicios, bases gravables, sujeto pasivo y tarifas determinadas por los Concejos Municipales establecidos por la ley, con grave detrimento para los fiscos municipales, los cuales se ven afectados en planes y programas de desarrollo, que han sido flagrantemente transgredidos mediante la vigencia de una prohibición derogada".

- El aparte acusado al dar efectos retroactivos a una disposición retirada del ordenamiento, infringe el artículo 363 del Estatuto Superior, que consagra el principio de irretroactividad de las leyes tributarias.

- Finalmente, señalan los actores que como existe una disposición constitucional que prohíbe conceder exenciones y tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales, el artículo 97 de la ley 143 de 1994, en lo acusado, también viola el artículo 4° de la Constitución, al exonerar o prohibir "el pago del tributo municipal de industria y comercio, en la generación y venta de energía, cuya actividad gravable se encontraba dentro de una norma vigente (decreto 1333 de 1986), como hecho generador de la carga tributaria del impuesto de industria y comercio, con sujeto pasivo y tarifas determinadas por la ley, cuando existía una norma que determinaba la obligatoriedad y pago del mismo, dentro de actividades industriales y comerciales y no podía ser desconocida, ni mucho menos derogada por la norma que se demanda...".

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de los Ministros de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público.

Los Ministros de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público, intervinieron por medio de apoderado, para defender la constitucionalidad de la disposición acusada. Como sus argumentos son similares, serán resumidos conjuntamente a continuación:

- El artículo 17 de la Ley 126 de 1938 se encuentra derogado, en virtud del artículo 7° de la ley 56 de 1981 que permite que las entidades propietarias de obra para la generación eléctrica

puedan ser gravadas con el impuesto de industria y comercio, y las canalizaciones primarias, a las que se refiere la primera norma citada, (modificada por la ley 99 de 1945) son obras públicas destinadas a la generación y transmisión eléctrica; sin embargo, no es cierto que esta ley esté derogada por la Ley 14 de 1983, pues como bien lo afirmó la Corte Constitucional en sentencia C-486 del 2 de octubre de 1997, son dos disposiciones que al regular aspectos diferentes no se contraponen entre sí, ni la norma posterior deroga o subroga la anterior. En efecto, la ley 14 de 1983 regula de manera general el impuesto de industria y comercio que recae sobre las actividades industriales, comerciales y de servicio realizadas en cada jurisdicción municipal, mientras que el artículo 7° de la ley 56 de 1981, consagra una regla particular para el caso de propiedad de obras para actividades de generación eléctrica.

- En el estudio de la norma acusada es posible llegar a la misma conclusión que adoptó la Corte Constitucional, en la sentencia citada: "al establecer el legislador de 1981 en cabeza de las centrales generadoras de energía eléctrica, el pago del impuesto de industria y comercio por la generación y transmisión de energía que corresponde en forma facultativa al municipio como ente territorial cobrarlo y fijar su tarifa, no se está concediendo, exenciones, ni tratamientos preferenciales en relación con dichos tributos pues, se trata de una normatividad de carácter especial que regula el impuesto de industria y comercio que se cobra a las empresas generadoras de energía eléctrica, lo cual se ajusta en su integridad al ordenamiento superior".

- En segundo lugar, es evidente que el legislador en el artículo 97 de la Ley 143 de 1994, no pretendió revivir normas que se encontraban derogadas; simplemente, decidió excluir del ordenamiento algunas disposiciones y mantener otras, en aras de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico. Es entonces una norma que "no entraña creación alguna y, por tanto, no tiene la entidad de convertirse en formulación jurídica susceptible de cuestionamiento, salvo, tal vez, desde el punto de vista formal de su adopción". Ello además es claro, porque la simple mención de una norma derogada no la revive, de acuerdo con lo consagrado por el artículo 14 de la Ley 153 de 1887.

V. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación, rindió concepto solicitando a la Corte declarar constitucional la disposición demandada.

Señala, que "desde el momento en que entró a regir la Ley 126 de 1938, las canalizaciones primarias han tenido un tratamiento preferencial por parte del legislador, y aun cuando en el artículo 7° de la ley 56 de 1981, se ordenó gravar con los impuestos municipales las obras públicas que se construyan para generar y transmitir energía eléctrica, tal disposición no cobijó a las canalizaciones primarias. Por ello, estas obras no han sido gravadas por los municipios, como erróneamente lo creen los demandantes.

En consecuencia, el legislador, al disponer mediante la norma objeto de examen que la prohibición contenida en el artículo 17 de la Ley 126 de 1938 continúa vigente, no transgredió el artículo 294 de la Carta Política, pues en ejercicio de su facultad impositiva, ha reiterado el tratamiento preferencial con el que se beneficia a las entidades que prestan servicios públicos, cuando realizan canalizaciones primarias, sin afectar los tributos que pertenecen a las entidades territoriales, como los establecidos en el artículo 7° de la Ley 56 de 1981".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

Esta Corporación es competente para resolver la presente demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Constitución.

2. **El problema que plantean los demandantes**

De acuerdo con la demanda, se solicita a la Corte resolver si el aparte demandado del artículo 97 de la ley 143 de 1994 concede efectos retroactivos a una disposición de carácter tributario, retirada con anterioridad del ordenamiento, específicamente el artículo 17 de la Ley 126 de 1938 y, si en ésta se consagra una exención tributaria en perjuicio de las entidades territoriales; sin embargo, estos puntos no serán objeto de análisis pues los cargos mencionados no son predicables del precepto que aquí se acusa.

En efecto, en la disposición materia de impugnación, el legislador decidió derogar la Ley 126 de 1938, salvo el artículo 17, entonces, es esta facultad y no otra la que debe ser objeto de estudio por parte de la Corporación; por consiguiente, si los actores consideran que el contenido de la norma que el legislador ha dejado vigente viola algunos preceptos del Estatuto Superior, han debido demandarla, pero como no lo hicieron, la Corte no puede pronunciarse sobre ella.

3. Facultad del legislador para derogar la legislación preexistente y la incompetencia de la Corte para determinar si el artículo 17 de la ley 26 de 1938 se encuentra vigente

El artículo 97 de la ley 143 de 1994, prescribe: "La presente Ley (...) deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial las Leyes (...) 126 de 1938, con exclusión de los artículos 17 (...)", siendo el aparte subrayado el acusado. Al confrontar este mandato legal con la Constitución, advierte la Corte que se ajusta a sus disposiciones, por las razones que en seguida se exponen.

En primer lugar, es pertinente anotar que el precepto demandado se limita a derogar expresamente una ley, en forma parcial, lo que constituye el ejercicio legítimo de una atribución propia del Congreso de la República que, en principio, no comporta reproche alguno de constitucionalidad, pues de acuerdo con el artículo 150 de la Carta: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1° Interpretar, reformar y derogar las leyes (Destaca la Corte)".

> *"La derogación de una norma jurídica por parte de quien goza de la facultad constitucional para el efecto -en este caso el Congreso de la República- no es sino el ejercicio normal de una atribución y, por tanto, mal puede entenderse que con el acto respectivo se vulnere la Constitución Política... No puede olvidarse que el titular de la función legislativa es el Congreso (artículo 150 C.P.) y que, en cuanto cumpla los requisitos de forma establecidos en la Constitución y en su propia Ley Orgánica, bien puede ejercitarla cuando lo estime conveniente. En lo que atañe a la derogación de preceptos legales, le es posible disponerla respecto de cualquier ordenamiento legal vigente, de manera total o parcial"*[1].

En cuanto a la derogación de disposiciones de carácter tributario ha sostenido la Corte:

> *"Si un principio jurídico universal consiste en que las cosas se deshacen como se hacen, debe preservarse en el orden tributario el de que quien crea los gravámenes es el llamado a introducir los cambios y adaptaciones que requiera el sistema tributario. De allí que, en tiempo de paz, sea al Congreso al que corresponda legislar en materia tributaria, con toda la amplitud que se atribuye a tal concepto, mediante la creación, modificación, disminución, aumento y eliminación de impuestos, tasas y*

[1] Corte Constitucional Sentencia C-185 de 1997 Magistrado Ponente: Dr.José Gregorio Hernández Galindo.

*contribucio*nes, bien que éstas sean fiscales o parafiscales; la determinación de los sujetos activos y pasivos; la definición de los hechos y bases gravables y las tarifas correspondientes"[2].

Sobre la oportunidad de la función derogatoria también se ha pronunciado la Corte, entre otras, en la sentencia C-529 de 1994, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

"Si el legislador careciera de competencia para cambiar o suprimir las leyes preexistentes se llegaría a la absurda conclusión de que la normatividad legal tendría que quedar petrificada. Las cambiantes circunstancias y necesidades de la colectividad no podrían ser objeto de nuevos enfoques legislativos, pues la ley quedaría supeditada indefinidamente a lo plasmado en normas anteriores, que quizá tuvieron valor y eficacia en un determinado momento de la historia pero que pudieron haber perdido la razón de su subsistencia frente a hechos nuevos propiciados por la constante evolución del medio social en el que tiene aplicación el orden jurídico.

Estamos, pues, frente a una facultad que no es posible desligar de la función legislativa por cuanto es connatural a ella, toda vez que el legislador está llamado a plasmar, en el Derecho que crea, las fórmulas integrales de aquello que, según su apreciación, mejor conviene a los intereses de la comunidad. Por ello no es extraño que estime indispensable sustituir, total o parcialmente, el régimen jurídico por él mismo establecido, con el objeto de adecuar los nuevos preceptos a los postulados que inspiran su actividad"[3].

En síntesis, de conformidad con el artículo 150 del Estatuto Supremo, el legislador goza de autonomía para determinar cuáles normas deben ser retiradas del ordenamiento positivo y cuáles deben permanecer. Por esta razón, la norma impugnada no viola la Constitución, pues simplemente se limita a señalar la derogación parcial de una ley, concretamente de la No. 126 de 1938.

En segundo lugar, es oportuno señalar que a la Corte Constitucional no le corresponde determinar si un precepto legal se encuentra vigente, salvo en aquellos casos en que sea éste el artículo demandado, pues como tantas veces se ha reiterado, el pronunciamiento en el juicio de constitucionalidad solamente recae sobre disposiciones que se encuentran vigentes o que estando derogadas aún continúan produciendo efectos.

Así las cosas, la derogación o no del artículo 17 de la Ley 126 de 1938 no inhibe a la Corte para resolver sobre la exequibilidad del aparte acusado del artículo 97 de la ley 143 de 1994, que como ya se expresó, se limita a derogar una ley en forma parcial.

En otras palabras, si la disposición referida en el artículo acusado está vigente la situación no cambia, pues ésta debe continuar produciendo efectos hasta el momento en que sea retirada del ordenamiento positivo por voluntad del legislador o por que ha sido declarada inexequible. Si por el contrario, la norma estuviera derogada, tampoco se modificaría la situación porque para que una norma legal reviva, es necesario que se encuentre reproducida en otra ley, tal como lo ordena el artículo 14 de la ley 153 de 1887, que reza:

"Una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobra su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva".

---

[2] Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

[3] Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Quiere ello significar que si el artículo 17 de la Ley 126 de 1938, se encontrara derogado, no puede recobrar nuevamente vigencia por la sola mención que de él se hace en el artículo 97 de la ley 143 de 1994, materia de impugnación, sino en virtud de otro precepto legal que lo reprodujera.

VII. DECISION

Con fundamento en lo anterior, la Corte declarará exequible la frase que dice: "...126 de 1938, con exclusión de los artículos 17..." contenida en el artículo 97 de la ley 143 de 1994, materia de acusación.

En razón de lo expuesto, la Corte Constitucional actuando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el aparte acusado del artículo 97 de la ley 143 de 1994.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-229
mayo 20 de 1998

NORMA ACUSADA-Vigencia sectorial para pensionados de Telecom

Si bien la norma acusada perdió su vigencia general, pues ya no se aplica a todos los pensionados; sin embargo, sigue produciendo efectos, pues conserva una vigencia sectorial para determinados trabajadores, como los pensionados de ECOPETROL, pues explícitamente la Ley 100 de 1993 excluyó de sus mandatos a estas personas.

CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO-Improcedencia para corregir aplicación de una disposición inconstitucional

Si la situación existiera y fuera discriminatoria, no corresponde a la Corte Constitucional corregirla cuando realiza el examen de inconstitucionalidad de una norma legal ya que, en estos casos, la labor de la Corte se contrae a determinar, en abstracto y con fuerza erga omnes, *si la disposición revisada se ajusta o no a los mandatos de la Carta. Así, si la Corte retira del ordenamiento la norma acusada, es obvio que las otras autoridades jurídicas no pueden aplicarla, pero si, por el contrario, declara su exequibilidad, ello no impide que puedan surgir controversias, constitucionales o legales, en torno a la aplicación de la norma en un determinado caso, sin embargo, las polémicas, aunque pueden tener relevancia constitucional, no se debe decidir mediante el control constitucional de las leyes, o control abstracto, sino por medio de los instrumentos judiciales de protección concretos previstos por el ordenamiento, que obligatoriamente existen, pues si ello no es así, el afectado siempre puede recurrir a la acción de tutela, que opera como un mecanismo subsidiario de cierre para la protección de los derechos fundamentales. La vía procedente para corregir el estado de cosas inconstitucional no es la acción de inconstitucionalidad sino los otros remedios jurídicos previstos por el ordenamiento.*

DERECHO A LA IGUALDAD-Régimen diferenciado de pensiones/**TRABAJADORES Y PENSIONADOS DE ECOPETROL**-Trato diferente

La existencia de un régimen diferenciado de salud y seguridad social entre trabajadores o pensionados, en la medida en que a unos se aplica la ley y a otros una convención colectiva, no sólo no implica obligatoriamente una vulneración de la igualdad, sino que, incluso si la violación existiera, la situación no puede ser corregida por la vía del control constitucional, si el trato diferente no proviene del contenido de una norma legal, sino de la existencia de otras fuentes de obligaciones laborales, como los contratos o las convenciones colectivas. En el presente caso, es claro que el eventual trato diferente entre los pensionados y trabajadores de ECOPETROL no proviene de la norma acusada, pues ésta establece un mandato general, a saber, que los pensionados gozan de

asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, para lo cual deben cotizar mensualmente un cinco por ciento de su mesada.

NORMA ACUSADA-Constitucionalidad material/**PENSIONADOS DE ECOPETROL**-Cotización para seguridad social en salud

El mandato acusado, se ajusta a la Carta, ya que tal disposición se limita a ordenar que los pensionados deben cotizar mensualmente un cinco por ciento de su mesada para poder gozar de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Esta disposición encuentra sustento en la naturaleza misma de la seguridad social, que es un servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable de las personas. Por ende, es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita, sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiados, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Excepciones/**PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD**

La solidaridad es uno de los principios esenciales de la seguridad social, por lo cual, en general, es deber de todas las personas realizar aquellos aportes que son necesarios para que los servicios sociales puedan también ser gozados por los usuarios de escasos recursos. A pesar de lo anterior, la Corte considera que en el presente caso no existe violación a ese deber de solidaridad, por cuanto la situación es diferente. En efecto, la exclusión de los mandatos de la Ley 100 de 1993 de los trabajadores y pensionados de ECOPETROL, y de otras personas como los miembros de la Fuerza Pública, no significa que éstos queden exonerados de las obligaciones que derivan del principio de solidaridad ya que, expresamente, el parágrafo 1 del artículo 279 de esa misma ley señala que la empresa y los servidores no cubiertos por la Ley 100 de 1993 "quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley".

Referencia: Expediente D-1874

Norma acusada: Artículo 37 (parcial) del decreto 3135 de 1968.

Demandante: Milton Josué Sánchez Castillo

Temas: El control constitucional abstracto es procedente para estudiar el contenido inconstitucional de una disposición, pero no para corregir la aplicación inconstitucional de la misma, para lo cual existen otras vías judiciales.

Régimen diferenciado de pensiones, comparación entre convenciones colectivas y ley, y principio de igualdad.

Excepciones al sistema general de seguridad social y principio de solidaridad.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Vladimiro Naranjo Mesa, 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.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Milton Josué Sánchez Castillo presenta demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 (parcial) del decreto 3135 de 1968, la cual fue radicada con el número D-1874. El magistrado Hernando Herrera Vergara, a quien fue repartido el expediente, se declara impedido por haber emitido concepto relacionado con la norma acusada. El impedimento es aceptado por la Sala Plena, la cual nombra como ponente al magistrado Alejandro Martínez Caballero y designa como conjuez a Gaspar Caballero Sierra. La demanda es admitida, se fija en lista para las intervenciones ciudadanas, y se corre traslado al Procurador General para que rinda el concepto de rigor. Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISION

A continuación se transcribe el artículo 37 del decreto 3135 de 1968 y se subraya el aparte acusado:

Decreto 3135 de 1968

(diciembre 26)

"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales".

El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de las facultades extraordinaria que le confiere la ley 65 de 1967,

Decreta:

(...)

Capítulo II

De las Prestaciones Sociales

(...)

ARTICULO 37. Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

<u>Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento de su pensión.</u>

III. LA DEMANDA

El actor considera que la norma demandada viola los artículos 1°, 13, 16, 46, 48 y 58 de la Constitución. Según su criterio, la norma acusada discrimina a ciertos trabajadores de Ecopetrol y desconoce los derechos que han adquirido convencionalmente, puesto que impone un descuento del 5% de la pensión para aquellos empleados que tienen una pensión compartida,

descuento que no se aplica a los otros jubilados de esa entidad. De esa manera, agrega el actor, se desconoce la igualdad puesto que se excluye a quienes tienen pensión mixta "de lo que se les concede en idénticas circunstancias a los demás pensionados, es decir, a unos se nos aplica un régimen diferente por no haber laborado 20 años exclusivamente a Ecopetrol, como si ésta no hiciera parte del Estado, y a los que sí lo hicieron, no se les descuenta absolutamente nada, como premio a dicha exclusividad".

El demandante ilustra el cargo presentando su situación personal. Así, indica que mientras fue trabajador activo recibió los servicios médicos en forma gratuita, "como están pactados convencionalmente", pero señala que "al salir jubilado con tiempo compartido con otras entidades del estado" se le aplicó la norma impugnada y le retuvieron 5% del valor de la mesada pensional, lo cual no se hace con los otros pensionados de esa entidad. El actor concluye entonces que ese trato diferente viola la igualdad y desconoce derechos adquiridos, ya que sin razón se excluye a unos pensionados de los "beneficios generales establecidos convencionalmente", los cuales son frutos de reivindicaciones laborales que han permitido a los trabajadores de ECOPETROL obtener "beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general".

Finalmente, el actor anexa como sustento de sus argumentos copia de varios documentos relacionados con la negociación colectiva en ECOPETROL y con el régimen jurídico de pensionados de esa entidad.

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES

4.1. Intervención del Ministerio de Salud

El ciudadano Bernardo Alfonso Ortega Campo, en representación del Ministerio de Salud, interviene para impugnar la demanda, para lo cual comienza por relatar la historia legislativa del decreto 3135 de 1968, del cual forma parte la disposición acusada. Este estudio lo lleva a concluir que el sentido de la norma acusada es "que los beneficiarios de las entidades de previsión, ya fueran funcionarios activos o retirados con derecho a pensión, debían contribuir económicamente a sufragar los gastos que la atención médica" demanda, por lo cual se fija un porcentaje de cotización. Luego, el interviniente precisa que la Ley 100 de 1993, en desarrollo de la Carta de 1991, consagró un régimen integral de seguridad social y señaló, en el artículo 157, que los pensionados son afiliados obligatorios al régimen contributivo de salud, por lo cual el artículo 204 fija una cotización. Por ello, el ciudadano concluye que "la acción de inconstitucionalidad impetrada no puede prosperar, en razón a que la norma demanda fue modificada por la Ley 100 de 1993".

4.2. Intervención de la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL

La ciudadana Olga María Rubio Sánchez, en representación de ECOPETROL, interviene para defender la norma acusada e impugnar la demanda. La interviniente comienza por explicar las particularidades del régimen pensional y de salud de ECOPETROL, en los siguientes términos:

> *"Los trabajadores de Ecopetrol, no obstante su condición de servidores públicos, no están -ni lo han estado- afiliados a CAJANAL, ni obligados a cotizar o hacer aportes al Seguro Social, pues como ya se dijo, las relaciones individuales laborales de Ecopetrol, excepto las de su Presidente, se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo al igual que las de los trabajadores particulares. No sobra recordar además, que de acuerdo con el artículo 279 de la ley 100 de 1993, Ecopetrol quedó exceptuada del nuevo Sistema de Seguridad Social Integral y por lo tanto, tampoco sus trabajadores deben*

*afiliarse al ISS o un Fondo Privado de Pensiones. De conformidad con el Decreto 807 de 1994, reglamento del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social de los servidores públicos y pensionados de esta Empresa "**es el establecido en la ley**, en la convención colectiva de trabajo, en el Acuerdo 01 de 1977 expedido por la junta directiva y en las demás normas internas de la Empresa, y que regían con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993", y los requisitos para el reconocimiento de las pensiones en Ecopetrol son los que preveían los Artículo 260 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, cuando se tata de servicios continuos o discontinuos a una misma Empresa.*

*Como puede observarse, para los trabajadores de Ecopetrol operan las normas establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo y en materia de pensiones los requisitos legales de jubilación son 20 años de servicios continuos o discontinuos prestados **exclusivamente** a Ecopetrol y 55 años de edad para los hombres y 50 años para las mujeres (Art. 260 C.S.T.).*

No obstante esto último, en virtud de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, en concordancia con los Artículos 72 y 75 del Decreto 1848 de 1969, es procedente que Ecopetrol, como última entidad empleadora, reconozca pensiones oficiales o mixtas de jubilación cuando el servidor público que no ha laborado exclusivamente en esta Empresa, sí lo haya hecho durante 20 años continuos o discontinuos en una o varias entidades del Estado y cuente con 55 años de edad, para lo cual Ecopetrol tiene el derecho a repetir contra las otras entidades obligadas a concurrir en el pago de la pensión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellas. De la misma forma, Ecopetrol participa, en proporción al tiempo servido a ésta, en el pago de las pensiones oficiales que otras entidades estatales reconocen a sus servidores."

A partir de lo anterior, la ciudadana señala que la norma acusada pretende simplemente que los pensionados contribuyan a la financiación de la prestación de la asistencia médica, y que se trata de una disposición de orden público, "de aplicación general en todo el territorio nacional y no de manera exclusiva a una entidad del Estado" Por ello considera que no es válida "la afirmación del demandante sobre su aplicación exclusiva en Ecopetrol, pues es de todos conocido que los pensionados del sector oficial, sin entrar a analizar el sector privado, contribuyen con la financiación de los beneficios antes mencionados y el Estado por su parte, brinda la seguridad social a la que está obligado"

De otro lado, la ciudadana indica que ECOPETROL "cubre un 70% de los costos en salud del pensionado y el 100% de los de sus familiares, mientras el pensionado contribuye para su salud con el 5% de su pensión, sin asumir costo alguno por los servicios que recibe su familia", por lo cual estas personas se encuentran en realidad "en mejores circunstancias en relación con los demás jubilados del Estado". Además, agrega la interviniente, la empresa no recibe ninguna partida del presupuesto nacional para el pago de estos servicios de salud, por lo cual "no se encuentra una razón lógica que justifique la exclusión de Ecopetrol en la aplicación del inciso demandado".

Según la ciudadana, el régimen de seguridad social de Ecopetrol no es contributivo, "pues sus trabajadores no han cotizado a la Caja Nacional ni al Instituto de Seguros Sociales", por lo cual "las condiciones en que Ecopetrol otorga los servicios de salud a los pensionados, obedecen al cumplimiento de disposiciones legales que ordenan un descuento o aporte del pensionado, circunstancia ésta conocida, por parte de la persona que se vincula a la Empresa" Por ello,

precisa la interviniente, existe en estos casos una "combinación entre el régimen contributivo (Ejemplo CAJANAL) y el de Ecopetrol, (no contributivo por aplicación del Código Sustantivo del Trabajo)", pero esa situación "no significa que el pensionado adquiera el derecho combinando dos regímenes totalmente diferentes". Por ello la ciudadana considera que lo que verdaderamente rompería la igualdad es que los pensionados del sector oficial no contribuyan "con los costos que el Estado asume en la prestación de servicios de salud, frente a la participación y contribución que los demás pensionados del país deben efectuar al sistema o institución que les brinda los mismos beneficios". Por ende concluye que en estos casos se justifica y no viola la igualdad "que existan en una entidad estatal, simultáneamente dos regímenes pensionales (el del sector oficial y el del Código Sustantivo del Trabajo)".

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar, comienza por sugerir que la demanda es inepta ya que los argumentos invocados por el actor "recaen en factores ajenos al contenido de la disposición atacada" pues los cargos se basan en "la manera como Ecopetrol realiza los descuentos a los pensionados para la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria". Ahora bien, agrega el Ministerio Público, estas acusaciones son improcedentes ya que "los criterios de interpretación, como la manera de aplicar las disposiciones que hacen parte del ordenamiento jurídico, escapan al examen de constitucionalidad".

De otro lado, la Vista Fiscal destaca que el nuevo régimen de seguridad social estableció que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de salud y señaló la cotización que debían pagar, por lo cual concluye "que la norma *sub examine* fue derogada por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993", razón por la cual solicita a la Corte que se inhiba de "pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición demandada". A pesar de lo anterior, el Procurador precisa que "el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, consagra las excepciones a la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social", y que entre ellas "se encuentran las relacionadas con el régimen aplicable a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL-, como también a los pensionados de la misma".

VI. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia

1. Conforme al artículo 241 ordinal 5 ° de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 37 del decreto 3135 de 1968, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de una norma que hace parte de un decreto expedido en uso de facultades extraordinarias.

Un asunto previo: ¿está o no derogada la norma impugnada?

2. Según el Ministerio Público y uno de los intervinientes, el pronunciamiento de la Corte debe ser inhibitorio, pues la norma acusada fue derogada por la Ley 100 de 1993. Según su criterio, esa ley, en desarrollo de la Carta de 1991, consagró un sistema integral de seguridad social y, específicamente, estableció que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de salud (art. 157) y señaló la cotización que éstos debían pagar para tal efecto (art. 204), por lo cual se entiende que tales disposiciones derogaron la norma acusada, ya que ésta simplemente indicaba que los pensionados gozaban de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, para lo cual debían cotizar mensualmente un cinco por ciento de su mesada. Por su parte el actor y otro de los intervinientes asumen que la norma acusada se encuentra vigente, puesto que señalan que ésta es aplicada a los pensionados de ECOPETROL; por consiguiente, el primer asunto a ser resuelto

por la Corte es si la disposición impugnada se encuentra o no vigente en el ordenamiento legal colombiano.

3. La Corte coincide con la Vista Fiscal en que la Ley 100 de 1993 estableció un sistema integral de seguridad social, por lo cual, en general, derogó las normas precedentes que trataban de esta materia; sin embargo, ello no significa que las leyes anteriores que regulaban distintos aspectos de la seguridad social, como las pensiones o la prestación de determinados servicios de salud, hayan quedado totalmente subrogadas por la Ley 100 de 1993. Así, no sólo algunas de esas regulaciones previas mantienen su vigencia, como, por ejemplo, la Ley 10 de 1990, sino que, además, muchas de las normas formalmente derogadas, conservan una especie de vigencia sectorial, pues sus mandatos siguen siendo válidos para ciertos grupos de trabajadores. En efecto, la Ley 100 de 1993 explícitamente señaló que las normas precedentes que le eran contrarias quedaban derogadas, pero también aclaró que algunas conservaban su vigencia en relación con determinados grupos de trabajadores. No de otra manera se puede interpretar el artículo 279 de esa ley que establece que el nuevo sistema de seguridad social integral no se aplica "a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas" Igualmente ese artículo excluye de los mandatos de la Ley 100 de 1993 a los "afiliados al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración", así como a los "trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato"; igualmente la Ley 100 excluye de sus mandatos a "los servidores públicos y a los pensionados de la Empresa Colombiana de Petróleos".

Por consiguiente, conforme a lo anterior, la Corte concluye que si bien la norma acusada perdió su vigencia general, pues ya no se aplica a todos los pensionados; sin embargo, sigue produciendo efectos, pues conserva una vigencia sectorial para determinados trabajadores, como los pensionados de ECOPETROL, pues explícitamente la Ley 100 de 1993 excluyó de sus mandatos a estas personas. Por tal razón, la Corte concluye que en el presente caso procede un examen de fondo de los cargos del actor.

La improcedencia del cargo del actor: regímenes diferenciados de seguridad social, comparación entre convenciones colectivas y ley, y principio de igualdad

4. Según el actor, la norma acusada viola la Carta pues establece una discriminación entre los pensionados de ECOPETROL ya que, según su interpretación, aquellos que reciben una pensión mixta deben cotizar el 5 % de la mesada para financiar los gastos de salud, mientras que el resto de pensionados y trabajadores de la empresa no deben hacerlo, por el contrario, según una de las intervinientes, la aplicación de la norma acusada a ECOPETROL no es discriminatoria pues esa entidad no recibe ningún recurso presupuestal para la prestación de los servicios de salud a sus trabajadores y jubilados. Además, según la interviniente, el cargo del demandante se estructura con base en supuestos falsos, ya que no sólo la norma acusada se aplica a todos pensionados -y no únicamente a aquellos jubilados de ECOPETROL que gozan de una pensión mixta-, sino que todos los jubilados de la empresa se encuentran en una mejor situación que los otros pensionados del país, por la calidad de los servicios de salud que reciben. Entra pues la Corte a examinar la validez de los cargos del demandante.

5. La Corte considera que el cargo del actor no es de recibo, puesto que el demandante no ataca el contenido normativo de la disposición impugnada, sino una supuesta aplicación discriminatoria de parte de ECOPETROL, la cual deriva, a su vez, de que algunos trabajadores gozan gratuitamente de los servicios de salud, gracias a la convención colectiva entre la empresa y el sindicato, mientras que los pensionados mixtos están excluidos de estos beneficios y deben entonces cotizar el 5% previsto por la norma acusada. Como se ve, la supuesta discriminación no depende del contenido de la norma, sino del hecho de que a algunos trabajadores se aplica en este aspecto la convención mientras que otros se rigen por la norma acusada. Ahora bien, incluso si esa situación existiera y fuera discriminatoria, no corresponde a la Corte Constitucional corregirla cuando realiza el examen de inconstitucionalidad de una norma legal ya que, en estos casos, la labor de la Corte se contrae a determinar, en abstracto y con fuerza *erga omnes*, si la disposición revisada se ajusta o no a los mandatos de la Carta. Así, si la Corte retira del ordenamiento la norma acusada, es obvio que, las otras autoridades jurídicas no pueden aplicarla, pero si, por el contrario, declara su exequibilidad, ello no impide que puedan surgir controversias, constitucionales o legales, en torno a la aplicación de la norma en un determinado caso; sin embargo, las polémicas, aunque pueden tener relevancia constitucional, no se debe decidir mediante el control constitucional de las leyes, o control abstracto, sino por medio de los instrumentos judiciales de protección concretos previstos por el ordenamiento, que obligatoriamente existen, pues si ello no es así, el afectado siempre puede recurrir a la acción de tutela, que opera como un mecanismo subsidiario de cierre para la protección de los derechos fundamentales (C.P. art. 86).

En ese mismo orden de ideas, es posible que una norma laboral general sea constitucional pero que su aplicación en un caso concreto sea ilegítima, por ejemplo, por desconocer los derechos más amplios que para un determinado trabajador derivan del contrato de trabajo o de una convención colectiva; sin embargo, como en tales eventos, la inconstitucionalidad de la situación no depende del contenido normativo de la disposición legal, sino de su indebida aplicación, por cuanto la autoridad debió haber tomado en cuenta el contrato o la convención, la vía procedente para corregir el estado de cosas inconstitucional no es la acción de inconstitucionalidad, sino los otros remedios jurídicos previstos por el ordenamiento.

6. Conforme a lo anterior, la existencia de un régimen diferenciado de salud y seguridad social entre trabajadores o pensionados, en la medida en que a unos se aplica la ley y a otros una convención colectiva, no sólo no implica obligatoriamente una vulneración de la igualdad sino que, incluso si la violación existiera, la situación no puede ser corregida por la vía del control constitucional, si el trato diferente no proviene del contenido de una norma legal sino de la existencia de otras fuentes de obligaciones laborales, como los contratos o las convenciones colectivas. Esta Corporación ya había señalado con claridad lo anterior cuando señaló al respecto:

> *"La existencia de la negociación colectiva para la regulación de las relaciones laborales de algunos trabajadores, en este caso de Ecopetrol, no es motivo suficiente per se para invocar la violación del derecho fundamental a la igualdad, pues fue el mismo Constituyente y el legislador, debidamente autorizado por aquél, quienes han consagrado ese sistema y, en consecuencia, las condiciones de empleo y trabajo, como las prestaciones sociales y otros beneficios laborales, pueden ser distintos a los establecidos para otros sectores de trabajadores.*
>
> *De otra parte, no puede olvidarse que la regulación general y uniforme de las condiciones de trabajo y prestaciones sociales consagradas por el legislador para toda*

clase de trabajadores, tienen el carácter de beneficios mínimos que, dicho sea de paso, son irrenunciables, de manera que el convenio colectivo bien puede consagrar y de hecho lo hace, beneficios y prerrogativas superiores a los contenidos en ese mínimo legal.

(...)

En este orden de ideas, la Convención Colectiva de Trabajo no puede equipararse a los actos del legislador, ya que ésta depende de la autonomía colectiva y la libre negociación; de allí que la diferencia de regímenes no comporte necesariamente un desconocimiento del principio de igualdad".[1]

En el presente caso, es claro que el eventual trato diferente entre los pensionados y trabajadores de ECOPETROL no proviene de la norma acusada, pues ésta, como bien lo señala uno de los intervinientes, establece un mandato general, a saber, que los pensionados gozan de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, para lo cual deben cotizar mensualmente un cinco por ciento de su mesada.

El cargo del actor no es entonces de recibo, lo cual no significa, como ya se explicó en esta sentencia, que queden sin solución jurídica las eventuales aplicaciones inconstitucionales de la norma acusada. Simplemente, lo que sucede es que la acción pública es procedente para estudiar el contenido inconstitucional de una disposición, pero no para corregir la aplicación inconstitucional de la misma, para lo cual el ordenamiento prevé otras vías judiciales.

7. Con todo, podría sostenerse que en el presente caso es procedente el examen del cargo del actor por violación de la igualdad por cuanto la propia ley establece que los trabajadores de ECOPETROL no quedan cobijados por el sistema general de seguridad social; sin embargo esta objeción no es válida, por cuanto la norma acusada no es la que exceptúa a ECOPETROL de los mandatos de la Ley 100 de 1993, pues dicha exclusión proviene del artículo 279 de esa misma ley. Es pues necesario distinguir entre, de un lado, aquellos eventos en donde la eventual discriminación no proviene de la ley, sino de su aplicación, caso en el cual no es viable atacar la norma por medio de la acción pública y, de otro lado, aquellas situaciones en donde el trato diferente es consagrado directamente por la ley, situaciones en las cuáles es posible que se declare la inconstitucionalidad de la misma por violación de la igualdad, si la diferenciación carece de justificación objetiva y razonable. En efecto, en estos últimos casos, la discriminación proviene verdaderamente del contenido normativo de una disposición legal, y no de su indebida aplicación, por lo cual la acción pública es procedente. Esto explica que en anterior oportunidad, la Corte haya analizado si era constitucional o no la exclusión de los mandatos de la Ley 100 de 1993 para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989[2].

8. El anterior análisis muestra entonces que el presente caso es también diferente del estudiado por la Corte en la sentencia C-013/93, en donde esta Corporación comparó el contenido de normas con fuerza de ley, a saber varios decretos extraordinarios que regulaban la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, con los beneficios previstos por la convención colectiva de esa empresa; sin embargo, en aquella ocasión se trataba de determinar si la ley podía modificar la conquista lograda por los trabajadores de esa empresa en virtud de una convención colectiva, fuente creadora de normas jurídicas obligatorias para las partes, llegando a la conclusión de que

---

[1] Sentencia C-173 de 1996. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte g y h.

[2] Ver sentencia C-461 de 1995 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

los beneficios, prerrogativas, y garantías adquiridas por este último medio no pueden vulnerarse, pues la Constitución prohíbe menoscabar tales derechos. Era pues necesario confrontar directamente lo consignado en la convención colectiva y el decreto 035 de 1991, materia de impugnación, para adoptar la decisión correspondiente. En cambio, en el presente evento se acusa una norma general, por lo cual la eventual violación no proviene de la disposición como tal, pues ella no pretende desconocer convenciones colectivas, sino de eventuales conflictos derivados de la aplicación de la convención, o del contenido de esta última, aspectos que no corresponde resolver a la Corte Constitucional cuando ejerce el control constitucional de las leyes.

9. Por ende, si el actor quería impugnar el régimen específico de seguridad social de ECOPETROL debió atacar los apartes pertinentes del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que es el que consagra la diferencia de trato, y no el artículo 37 del decreto 3135 de 1968, que establece un mandato general para todos los pensionados; sin embargo, tampoco este cargo hubiera tenido éxito, pues en este punto existe cosa juzgada constitucional pues la Corte ya tuvo la oportunidad de examinar la constitucionalidad de esa exclusión de ECOPETROL del sistema general de seguridad social, y concluyó que era constitucional, ya que "tuvo como fundamento la existencia en dicha empresa de una Convención Colectiva de Trabajo que contiene, en muchos aspectos, beneficios y condiciones extralegales superiores a los que rigen para los demás servidores del Estado. En consecuencia, era necesario proteger los derechos adquiridos por los beneficiarios de ella, expuestos a ser vulnerados si se les hubiera hecho extensiva la vigencia de la citada ley"[3].

La constitucionalidad material del contenido normativo acusado.

10. Aun cuando, como ya se vio, el actor no ataca el contenido mismo de la disposición acusada sino su aplicación en ECOPETROL, entra la Corte a examinar este contenido, por cuanto el control constitucional no es rogado sino integral, por lo cual es deber de esta Corporación "confrontar los disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución (art 22 Decreto 2067 de 1991)".

En tal contexto, la Corte considera que el mandato establecido por el segundo inciso del artículo 37 del decreto 3135 de 1968, acusado por el actor, se ajusta a la Carta, ya que tal disposición se limita a ordenar que los pensionados deben cotizar mensualmente un cinco por ciento de su mesada para poder gozar de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Esta disposición encuentra sustento en la naturaleza misma de la seguridad social, que es un servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable de las personas (C.P. art. 48). Por ende, es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiados, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad. Así las cosas, la Corte considera que el segundo inciso acusado es exequible. Ahora bien, no era posible estudiar ese segundo inciso sin analizar el primer inciso del mismo artículo, pues ambos forman una unidad insescindible de sentido, ya que el segundo establece una cotización, que es necesaria para financiar los servicios médicos ordenados por el primero. Por tal razón, la Corte declarará la exequibilidad de la totalidad del artículo.

---

[3] Sentencia C-173 de 1996. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte i.

Excepciones al sistema general de seguridad social y principio de solidaridad

11. Con todo, se podría sostener que la norma acusada, al ser interpretada en consonancia con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluye a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos y a los pensionados de esa empresa del sistema general de seguridad social diseñado por esa misma ley, genera un estado de cosas inconstitucional, por cuanto se podría estar afectando el principio de solidaridad que gobierna la seguridad social (C.P. art. 48).

El argumento parece en principio admisible pues es cierto que la solidaridad es uno de los principios esenciales de la seguridad social, por lo cual en general es deber de todas las personas realizar aquellos aportes que son necesarios para que los servicios sociales puedan también ser gozados por los usuarios de escasos recursos. Por tal razón, la Corte consideró que era contrario a la Constitución que la ley excluyera a los congresistas, empleados del Congreso y del Fondo de Previsión Social del Congreso de la obligación de realizar tales aportes, pues se estaba vulnerando el "deber general de solidaridad, vinculante para todos los colombianos". Dijo entonces esta Corporación:

> *"Queda claro, entonces, que el deber de solidaridad no es sólo del Estado, sino también de los particulares y, si bien es cierto que corresponde instrumentarlo al legislador, tal potestad no implica autorización a éste para desconocerlo, como ocurre en el caso de debate, puesto que al reformar el régimen de seguridad social de los afiliados al Fondo de Previsión Social del Congreso para aplicar los regímenes vigentes antes de la expedición de la ley 100 de 1993, salvo en algunos aspectos, quedarían exonerados los congresistas, empleados del Congreso y empleados del citado Fondo, de contribuir con el Fondo de Solidaridad y Garantía mediante la operación de la compensación, obligación instituida para todos las Entidades Promotoras de Salud, Cajas, Fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades públicas, como se lee en el 204 de la ley 100 de 1993, al cual se hizo alusión en párrafos anteriores, concordante con el 280 del mismo ordenamiento.*
>
> *Si es obligación de todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, se hayan convertido o no en Entidades Promotoras de Salud -EPS-, de participar "en la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía", no encuentra la Corte justificación constitucional alguna para establecer un privilegio en favor del Fondo de Previsión Social del Congreso, lo cual vulnera no sólo el principio de solidaridad sino también el de la igualdad.*
>
> *Recuérdese que los fondos de solidaridad se crearon con el fin de subsidiar y financiar los servicios básicos de salud y seguridad social de los grupos de población más débiles, vulnerables y desprotegidos del país, y se financian no sólo con recursos públicos sino también con los aportes de los trabajadores. En consecuencia, no existe justificación alguna para eximir a los congresistas, empleados del Congreso y del Fondo de Previsión Social del Congreso del deber general de solidaridad, vinculante para todos los colombianos"*[4]

A pesar de lo anterior, la Corte considera que en el presente caso no existe violación a ese deber de solidaridad, por cuanto la situación es diferente. En efecto, la exclusión de los mandatos de la Ley 100 de 1993 de los trabajadores y pensionados de ECOPETROL, y de otras personas como los miembros de la Fuerza Pública, no significa que éstos queden exonerados de las

[4] Sentencia C-017 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte 3.3.

obligaciones que derivan del principio de solidaridad ya que, expresamente, el parágrafo 1 del artículo 279 de esa misma ley señala que la empresa y los servidores no cubiertos por la Ley 100 de 1993 "quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley" Por ende, y en el entendido de que estas personas deben realizar tales aportes de solidaridad, la Corte considera que la disposición impugnada es exequible.

Es de advertir que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, las personas que obtuvieron su pensión antes del primero de enero de 1994, tuvieron derecho a un reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización en materia de salud. Esto es, que para el caso de ECOPETROL, la cuota por servicio de salud permaneció invariable y ésta únicamente se alteró en el uno porciento de que trata el 279 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual debieron obtener un reajuste en ese equivalente.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 37 del decreto 3135 de 1968, en el entendido de que esta norma no excluye el deber de realizar los aportes de solidaridad previstos por el sistema general de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
Impedimento aceptado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La Suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional, hace constar que el honorable Magistrado HERNANDO HERRERA VERGARA, no firma la presente sentencia por impedimento oportunamente manifestado y aceptado por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-230
mayo 20 de 1998

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Redefinición del concepto

La seguridad social está concebida desde el punto de vista constitucional de la siguiente manera: 1. no es per se un derecho fundamental, pero puede llegar a serlo por conexidad, una vez se compruebe su íntima relación con derechos que sí tienen ese carácter, y en la medida en que con su desconocimiento se derive la amenaza o vulneración para los mismos, como puede ocurrir con los derechos a la vida, la dignidad humana, al trabajo, la integridad personal, entre otros, y 2. por regulación expresa superior, el derecho a la seguridad social es irrenunciable y esa garantía debe ser otorgada en todo momento por el Estado.

IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO A LA PENSION

El derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones. La pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social, determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexequible la disposición demandada, salvo para lo relacionado con la denominada "pensión gracia" de que tratan las disposiciones legales pertinentes, que se conceden por razones diferentes al tiempo de servicio, edad del trabajador o incapacidad para laborar. Dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho. La norma demandada es inconstitucional.

Referencia: Expediente D-1881.

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 116 de 1928.

Actor: Luis Camilo O'meara Riveira.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Camilo O'meara Riveira, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó el artículo 2o. (parcial) de la Ley 116 de 1928 "por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927".

Al proveer sobre su admisión, mediante auto de fecha 7 de noviembre de 1997, el Magistrado Ponente ordenó fijar en lista el negocio en la Secretaría General de la Corte para efectos de asegurar la intervención ciudadana, enviar copia de la demanda al señor Procurador General de la Nación a fin de que rindiera el concepto de rigor, y realizar las comunicaciones exigidas constitucional y legalmente.

Efectuados todos los trámites previstos en la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991 para el proceso de constitucionalidad, esta Corporación procede a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA DISPOSICION ACUSADA

A continuación, se transcribe el texto de la disposición acusada conforme a su publicación en los Diarios Oficiales No.20.956 del 28 de noviembre de 1928 y No. 20966 del 11 de diciembre del mismo año; este último por cuanto inicialmente se había omitido la publicación de algunos artículos. Se subraya la parte demandada:

"LEY 116 de 1928

(noviembre 22)

Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

Artículo 2°. Amplíase en un año el plazo concedido por la Ley 102 de 1927 para la presentación de las demandas de revisión de las pensiones concedidas hasta que entró en vigencia dicha Ley. Pasado este término, se suspenderá el pago de las pensiones cuya revisión no se hubiere solicitado.

Parágrafo. No están sujetas a revisión las pensiones de los maestros de escuela ni las decretadas por leyes especiales o por sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Parágrafo. El derecho a solicitar pensiones prescribe a los treinta años".

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

A juicio del demandante, la norma acusada viola los artículos 46, 48 y 53 de la Constitución Política.

Según lo manifiesta, la Carta Política de 1991 consagra una protección expresa para la seguridad social en Colombia como derecho irrenunciable, por hacer parte de la condición humana, íntimamente relacionado con la vida, que permite asegurar la subsistencia del trabajador una vez disminuida su capacidad laboral, en razón de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, así como contar con el sustento económico necesario para su familia en el evento de su muerte.

Apoyándose en algunos apartes de la Sentencia T-471 de 1992, proferida por esta Corporación, el actor concluye que la pensión forma parte integrante de la seguridad social,

dentro de un sistema en donde ésta es el género y aquélla la especie, de manera que las condiciones de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad, de las que goza la seguridad social, se transmiten al derecho a obtener una pensión, lo que hace que el término prescriptivo de la disposición demandada resulte inconstitucional.

IV. INTERVENCION DE AUTORIDAD PUBLICA Y CIUDADANA

Según informe de la Secretaría General de esta Corporación, del 26 de noviembre de 1997, venció en silencio el término de fijación en lista.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante Concepto No.1468, del 18 de diciembre de 1997, el señor Procurador General de la Nación solicitó a esta Corporación declarar inconstitucional, en lo acusado, el artículo 2o. de la Ley 116 de 1928, con fundamento en lo siguiente:

Hechas algunas referencias acerca de la naturaleza jurídica de la seguridad social, con respaldo en pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional, como la Sentencia C-012 de 1994, entre otras, el jefe del ministerio público señaló que para la protección de los trabajadores ante contingencias que afecten su salud y capacidad económica, la seguridad social ha establecido un sistema de pensiones y prestaciones (invalidez, vejez o jubilación y sustitución o sobreviviente) que los amparan, garantías éstas vinculadas con los fundamentos del Estado social de derecho y que, en relación con la pensión, constituyen un derecho que nace y se consolida en una relación laboral, la cual demanda unas condiciones dignas, entre otras, el reconocimiento de la seguridad social.

Ahora bien, el Procurador frente al análisis constitucional de las expresiones acusadas, indicó que el derecho a reclamar una pensión no puede estar limitado temporalmente, pues su reconocimiento y pago afectan la vida del trabajador y la de su familia, por cuanto se trata de acceder a prestaciones económicas y asistenciales que pueden constituir el único medio de subsistencia para esas personas, y amerita una tratamiento especial, más aún cuando el reclamante es una persona de la tercera edad que goza de protección constitucional.

Por último, al establecer el promedio de vida de las personas como posible fundamento de la norma censurada, consideró que con ello se genera un desconocimiento del deber de protección de los derechos fundamentales de las personas, por señalarse períodos que condicionen su ejercicio. Así pues, en su opinión, la preceptiva parcialmente acusada carece de finalidad, pues es contrario a toda lógica jurídica fijar un término legal para reclamar un derecho que puede ser exigido en cualquier tiempo.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

En virtud de lo establecido en el numeral 4o. del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, por tratarse de una disposición que forma parte de una ley de la República.

2. La materia en estudio

En el caso que ocupa la atención de la Corte, se discute la constitucionalidad de la disposición jurídica que estipula una prescripción para el reconocimiento de la pensión de jubilación, por considerar que con ello se viola el deber de protección y asistencia constitucional

especial en favor de las personas de la tercera edad (C.P., art. 46), el derecho a la seguridad social y al pago oportuno de las pensiones legales (C.P., arts. 48 y 53), en cuanto se restringe la oportunidad de obtener, en avanzada edad, un sustento económico para garantizar unas condiciones mínimas de vida digna. De manera que, el análisis pertinente deberá fundamentarse en la finalidad constitucional que sustente el acceso al reconocimiento del derecho a pensión de jubilación, para así poder determinar sobre la conformidad con el ordenamiento superior, de una limitación temporal que impida el reclamo de la misma, como la enjuiciada en la norma acusada.

3. **Redefinición del concepto del derecho a la seguridad social y su incidencia en el reconocimiento de la pensión de jubilación**

A raíz de la expedición de la Carta Política de 1991 se estableció la necesidad de realizar profundas reformas encaminadas a la adopción de un sistema integral de seguridad social que permita a todos los habitantes del territorio nacional, acceder a prestaciones económicas y servicios de salud, que garantice el desarrollo vital en condiciones dignas de existencia humana.

Así pues, desde la perspectiva del ordenamiento constitucional vigente, se "...consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (C.P., art. 48), que correlativamente se estructura en la forma de un derecho irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos, permitiéndoles obtener el amparo necesario para cubrir los riesgos que pueden llegar a minar su capacidad económica y afectar su salud, con especial énfasis en aquellos sectores de la población más desprotegidos, en la intención de conservar una comunidad sana y productiva, gracias a la ampliación gradual de la cobertura que en forma progresiva debe producirse, según los parámetros que señale el legislador[1]".

Como lo ha señalado esta Corporación, estructurar la seguridad social como un servicio público supone, entonces, la adopción de una serie de medidas por parte del Estado y la sociedad, que proporcionen medios de existencia ante las contingencias negativas en las cuales se puedan ver envueltas las actividades laborales o las condiciones físicas o de salud de las personas, como ocurre con "...la enfermedad, el desempleo, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las cargas de familia, la vejez, la invalidez y el fallecimiento del sostén de la familia"[2].

De ahí que, la nueva Carta Política de 1991 le haya dado el reconocimiento de un derecho social de índole prestacional, de carácter programático y progresivo, que por su contenido material y "... para cuya efectividad precisan "el desarrollo legal, el arbitrio de los recursos y la provisión de la pertinente estructura que los actualice"[3], toda vez que comporta prestaciones económicas y sociales a cargo del Estado, exigibles por los ciudadanos en la forma de derechos subjetivos.

Por lo expuesto, resulta pertinente recalcar que, la seguridad social está concebida desde el punto de vista constitucional de la siguiente manera: 1. No es *per se* un derecho fundamental, pero puede llegar a serlo por conexidad, una vez se compruebe su íntima relación con derechos

---

[1] Sentencia SU-039/98, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

[2] Sentencia C-012/94, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

[3] Sentencia T-271/95, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

que sí tienen ese carácter, y en la medida en que con su desconocimiento se derive la amenaza o vulneración para los mismos, como puede ocurrir con los derechos a la vida, la dignidad humana, al trabajo, la integridad personal, entre otros[4] y 2. Por regulación expresa superior (C.P., art. 48), el derecho a la seguridad social es irrenunciable y esa garantía debe ser otorgada en todo momento por el Estado.

Frente a ese último aspecto enunciado, cabe resaltar que, el reconocimiento de pensiones a favor de los ciudadanos, en especial, respecto de las denominadas de jubilación, ha tenido en la legislación colombiana una abundante regulación encaminada a retribuir a sus trabajadores y beneficiarios los servicios prestados al Estado, con las distintas ramas del poder público, con una concepción diferente a la establecida en la Ley 14 de 1.821 que determinó la supresión de todas aquellas pensiones conferidas por el gobierno español, en los siguientes términos: "...han cesado las pensiones asignadas a varias personas por sus servicios en tiempo del gobierno español".

Por ello dentro de la nueva organización política de la República, constituyó una gran conquista laboral y social la transformación que en nuestro ordenamiento jurídico, se le dio a la pensión de jubilación, pasando de ser un privilegio o premio que recibía el trabajador, otorgado de cierto modo por mera liberalidad del Estado en términos de gratitud o gracia a un reconocimiento del Estado como retribución a los servicios prestados al mismo, reflejado en el derecho a percibir una prestación económica, como compensación a la actividad desarrollada durante un considerable tiempo que genera la disminución de la fuerza laboral.

Hechas las anteriores consideraciones, la Corte entra a analizar lo relacionado con la prescripción del derecho pensional.

4. Prescripción de los derechos laborales, la imprescriptibilidad del derecho a pensión y el análisis del cargo

El presupuesto básico para la expedición de la Ley 116 de 1928, "por la cual se aclara y reforma varias disposiciones de la ley 102 de 1927", y de la mayoría de las leyes que la antecedieron, fue el de determinar la forma de recompensar a las personas los servicios prestados a la patria, bien en forma directa o a través de sus ascendientes o descendientes.

Frente al contenido del segundo parágrafo del artículo 2o. de la Ley 116 de 1928, dicha ley, dentro de un contenido general, ordena una prescripción específica del derecho a solicitar pensiones, cuando señala que: "El derecho a solicitar pensiones prescribe a los treinta años".

En primer lugar, se hace necesario determinar a qué tipo de pensiones la norma se refiere, para lo cual se transcribe de nuevo el texto del artículo citado, que a la letra reza:

> "Artículo 2°. Amplíase en un año el plazo concedido por la Ley 102 de 1927 para la presentación de las demandas de revisión de las pensiones concedidas hasta que entró en vigencia dicha Ley. Pasado este término, se suspenderá el pago de las pensiones cuya revisión no se hubiere solicitado.
>
> Parágrafo. No están sujetas a revisión las pensiones de los maestros de escuela ni las decretadas por leyes especiales o por sentencias de la Corte Suprerna de Justicia.
>
> Parágrafo. El derecho a solicitar pensiones prescribe a los treinta años".

Como puede observarse en dicha disposición legal, las pensiones a las cuales se dirige el referido mandamiento relativo a la prescripción del reclamo de pensión, versa sobre todas las concedidas hasta el momento de entrada en vigor de la Ley 102 de 1927, lo que sin duda

[4] Ver las sentencias T-011/93, T-042/96, T-116/93, SU-039/98, entre otras.

constituye un universo amplio y diverso que comprende, en especial, aquellas contenidas en dicha normatividad y por disposición expresa en la Ley 78 de 1926, como son, por ejemplo, las pensiones de jubilación por los servicios prestados a la República por los descendientes de próceres de la guerra magna y de la Independencia, los expresidentes de la República, el poder judicial, los herederos de oficiales del ejército muertos en servicio, las de orden netamente individual y personalizado, etc., las cuales presentan como características esenciales, el hecho que en su mayoría los beneficiarios de las mismas son personas, o sus descendientes, que por alguna actividad en favor del Estado se hacen acreedores del reconocimiento y pago de las mismas, para asegurarles un sustento económico y cuyo cargo compete al tesoro público.

Es claro que algunas de las pensiones enunciadas han visto su materia agotada y otras han sido objeto de importantes modificaciones derivadas del desarrollo del derecho prestacional colombiano, tanto en el ámbito de lo privado como del público, presentando en su más reciente reforma, surgida con la expedición de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones", la implantación de un nuevo régimen general de pensiones, aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, y en particular a todos los trabajadores públicos y privados.

Por consiguiente, en este punto, la Sala estima pertinente precisar que para efectos del presente fallo, el análisis que aquí se hace se refiere a que si constitucionalmente es viable decretar la prescripción del derecho a solicitar pensiones, por la circunstancia de haber trasncurrido el término de treinta años a que alude la norma demandada.

Así pues, la procedibilidad de la prescripción del derecho a la obtención de una pensión debe hacerse, de una parte, con referencia a los derechos emanados de la relación laboral y no a las derivadas de mera voluntad del patrono, como es el caso de las denominadas pensión gracia.

Ya se ha dicho como resulta ajustado al ordenamiento superior, la fijación mediante mandato legal, de un límite temporal para el ejercicio de la acción laboral, dentro de la modalidad de la caducidad, en la medida en que el derecho de los trabajadores a la referida pensión puede ser reclamada judicialmente, dentro de los términos establecidos en la ley, sin vulnerar el núcleo esencial del derecho al trabajo, como tampoco sus principios mínimos consagrados en el artículo 53 superior.

En esa misma dirección se ha venido pronunciando esta Corporación, como se aprecia en los apartes de la Sentencia C-072 de 1994, con ponencia del Magistrado doctor Vladimiro Naranjo Mesa, los cuales se citan a continuación:

> "La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible.
>
> No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.

La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto Superior, porque la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo".

De esta forma se tiene que, el fundamento que sustenta el señalamiento de una prescripción de corto plazo para las acciones laborales, radica en la efectividad del principio de la seguridad jurídica, que evita la configuración de controversias laborales indefinidas, a través de mecanismos que faciliten el tránsito por las vías legales y del entendimiento racional su correspondiente resolución.

Ya en lo atinente al tiempo para presentar el reclamo de prestaciones, cabe observar que, con anterioridad a la vigencia del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que consagra la prescripción en tres años de las acciones que emanen de las leyes sociales, se dio aplicación a lo dispuesto en el Código Civil (art. 2.536) en cuanto a la prescripción de las acciones ordinarias y ejecutivas; las primeras, por un término de veinte años y las segundas, de diez; de manera que, compartiendo los criterios esbozados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[5] y el Consejo de Estado[6], la expedición de dicha norma procesal laboral unificó en forma integral el régimen de prescripción de los derechos laborales mediante la llamada prescripción trienal, una vez la obligación se haga exigible, es decir, a través de una prescripción de corto tiempo, salvo en los casos de excepción legal expresa.

No obstante, no todo derecho de naturaleza laboral se extingue con el transcurso del tiempo. Como ocurre en el específico evento de las pensiones, tan pronto una persona reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento legal para obtener el mencionado "status" de pensionado, el derecho adquirido no puede ser desconocido, y se enmarca dentro de la categoría de los derechos que no prescriben en relación con su reconocimiento; de manera que, sólo el fallecimiento de la persona hace viable la terminación del mismo, salvo cuando haya lugar a la sustitución pensional establecida en la ley o en las normas convencionales sobre la materia, para los beneficiarios de dicho derecho.

Para la Corte el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones.

Lo anterior, dada la naturaleza de la prestación económica y social de la cual se trata, según la cual, "...el derecho a pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compro-

---

[5] Ver la Sentencia de la Sala de Casación Laboral del 6 de septiembre de 1996, M.P. Dr. Germán G. Valdés Sánchez, entre otras.

[6] Ver la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del 21 de septiembre de 1982, C.P. Dr. Joaquín Vanín Tello, entre otras.

mete la dignidad de su titular como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas[7]".

Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexequible la disposición demandada, salvo para lo relacionado con la denominada "pensión gracia" de que tratan las disposiciones legales pertinentes, que se conceden por razones diferentes al tiempo de servicio, edad del trabajador o incapacidad para laborar.

Cabe agregar, que dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho. Este criterio, ha sido igualmente sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a las siguientes transcripciones:

En la Sentencia del 25 de octubre de 1985:

> "...la pensión proporcional de jubilación es imprescriptible, salvo la prescripción de las respectivas mesadas pensionales, que prescriben a los tres años, como lo tiene dicho la jurisprudencia".

Y en la Sentencia del 26 de mayo de 1986:

> "Respecto al fondo del asunto se observa que, conforme lo ha definido la jurisprudencia, la pensión de jubilación, por ser una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, no prescribe en cuanto al derecho en sí mismo, sino en lo atinente a las mesadas dejadas de cobrar por espacio de tres años, y, además, trae aparejada una situación jurídica regulada por la ley que, entre otras cosas, incluye los reajustes económicos de tal derecho".

Así mismo, el Consejo de Estado le ha dado entera aplicación en la forma que se destaca en los fallos que se transcriben en seguida:

> "...que la imprescriptibilidad se da frente a las peticiones del derecho y no frente al surgimiento del derecho, pues este último surge en la fecha precisa, es decir, cuando se presenta la causa de sustitución pensional..." (Sentencia del 7 julio de 1991, Sección Segunda, Expediente No 6113).
>
> "Los planteamientos del *a quo* en lo que hace con el derecho de la demandante a reclamar el reajuste de la pensión que viene disfrutando, se ajustan a derecho, toda vez que la prescripción extintiva respecto de las prestaciones periódicas opera únicamente en relación con las mesadas anteriores a los tres (3) años anteriores a la fecha en que se

[7] Sentencia T-323/96, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

efectúo la reclamación gubernativa, y no en cuanto al derecho pensional mismo que la jurisprudencia ha definido como imprescriptible". (Sentencia del 17 de febrero de 1994, Sala Contenciosa Administrativa, Expediente No. 8082).

En consecuencia, la Sala encuentra que la norma demandada es inconstitucional, razón por la cual deberá retirarse del ordenamiento jurídico, como así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE el segundo parágrafo del artículo 2o. de la Ley 116 de 1928 "por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927".

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNADEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-231
mayo 20 de 1998

ACCION SANCIONATORIA EN EL PROCESO DE CONTROL DEL REGIMEN CAMBIARIO-Término de prescripción

El término de prescripción corre, en el evento que la disposición contempla, para las autoridades cambiarias, no para las aduaneras, pues no se trata de definir si en este último campo hubo o no infracción. Lo que, en el supuesto normativo, se notifica a la persona es el acto que ya ha definido lo relativo a la declaración del valor aduanero de los bienes introducidos al territorio nacional y su liquidación oficial. De lo cual se deduce que el término de prescripción, en lo referente a la infracción cambiaria, no podría principiar a contarse sino a partir de la certidumbre acerca de la verificación efectuada, respecto del valor de las mercancías, por las autoridades aduaneras. La disposición impugnada, por otra parte, lo que hace justamente es señalar cuándo principia a transcurrir el término de prescripción, por lo cual no puede afirmarse, como lo hace el actor, que consagre una imprescriptibilidad de la sanción cambiaria. El indicado término, que es fijado por el legislador en los procesos administrativos cambiarios, afecta a todos aquellos que se encuentren en la hipótesis descrita, sin diferenciación alguna proveniente de la disposición acusada, por lo cual el argumento del demandante acerca de una posible discriminación, carece de fundamento. No hay violación del artículo 13 de la Carta Política, sencillamente porque la norma impugnada no distingue. Es objetiva y general.

PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA LEY

Ya ha dicho la Corte, con arreglo al artículo 83 de la Carta Política, que quien afirme la mala fe de un organismo o servidor del Estado debe probarla pues la presunción que consagra el sistema jurídico es cabalmente la contraria. El postulado constitucional prohíja unas relaciones de buena fe entre el Estado y los particulares; un clima de mutua confianza que exige presumir aquella en todas las actuaciones de uno y otros, siendo lo adecuado a la Constitución que las presunciones de mala fe se proscriban de los ordenamientos legales.

DECLARACION VOLUNTARIA DE LEGALIZACION DE MERCANCIAS

Del texto del parágrafo impugnado se infiere sin dificultad que en últimas, respecto de la legislación cambiaria, no se presenta la infracción, pues la hipótesis que el legislador contempla es la del acto espontáneo del particular sin intervención alguna de la autoridad, declarando lo pertinente acerca del valor de la mercancía introducida al territorio nacional. Si ello es así, no encuentra la Corte motivo para que la persona sea sancionada por posible violación a las disposiciones sobre cambios internacionales, pues la declaración -que es lo que importa al Estado en esa materia- es presentada voluntariamente y no bajo la presión de la

dependencia oficial competente. No hay hecho materia de investigación y menos de sanción, lo cual explica y justifica la norma.

Referencia: Expediente D-1883

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6, 15, 16 (todos en forma parcial) y 20 de la Ley 383 de 1997

Actor: Rafael Alfredo Olea Jiménez

Magistrado Ponente: Doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinte (20) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Rafael Alfredo Olea Jiménez, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, ha presentado ante la Corte una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6, 15, 16 (todos en forma parcial) y 20 de la Ley 383 del 10 de julio de 1997.

Cumplidos como están los trámites y requisitos exigidos en el Decreto 2067 de 1991, se entra a resolver.

II. TEXTO

A continuación se transcribe, subrayando lo demandado, el texto de las disposiciones objeto de proceso:

"LEY 383 DE 1997

(julio 10)

por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

Artículo 6. Control cambiario en la introducción de mercancías. Se presume que existe violación al régimen cambiario, cuando se introduzcan bienes al territorio nacional sin declarar su valor aduanero existiendo la obligación de hacerlo, o cuando su valor declarado sea inferior en más de un veinticinco por ciento (25%), al valor en aduana de la respectiva mercancía.

El término de prescripción de la acción sancionatoria en el proceso administrativo destinado a la determinación de la infracción cambiaria se contará <u>a partir de la notificación del acto administrativo</u> de Liquidación Oficial de Revisión de Valor.

Para los efectos de este artículo, la sanción cambiaria se aplicará sobre el monto que corresponda al valor en aduana de la mercancía no declarada, o la diferencia entre el valor declarado y el valor en aduana establecido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en los actos administrativos a que se refiere el inciso anterior.

Parágrafo. Cuando la declaración de legalización se presente voluntariamente sin previa intervención de la autoridad aduanera, <u>no procederá la sanción por la infracción al régimen cambiario establecida en este artículo.</u>

(...)

Artículo 15. Contrabando. Quien introduzca o saque bienes del territorio nacional, sin declararlos o presentarlos ante la autoridad aduanera, o por lugar no habilitado o sin los documentos soporte de la operación de comercio exterior, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años, y multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados, sin perjuicio del concurso de hechos punibles.

La pena descrita en el inciso primero no se aplicará cuando la cuantía de los bienes involucrados sea inferior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las sanciones administrativas.

Parágrafo 1°. Los vehículos automotores que transiten en departamentos que tienen zonas de frontera de acuerdo con lo estipulado en el artículo 272 de la Ley 223 de diciembre de 1995, no estarán sometidos a lo establecido en este artículo.

Parágrafo 2°. Cuando el contrabando por cuantía superior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes se realice fraccionadamente en diferentes actos de inferior importe cada uno y sean sancionados administrativamente, tendrán éstos el carácter de delito continuado si existe unidad de propósito, y así se infiere de la identidad de su autor y de los medios utilizados en su comisión.

Artículo 16. Favorecimiento de contrabando. El que en cuantía superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio nacional sin haber sido declarada, o sin haber sido presentada ante la autoridad aduanera, o ingresada por lugar no habilitado, o sin los documentos soporte, incurrirá en pena de arresto de seis (6) a veinticuatro (24) meses, y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

El juez al imponer la pena, privará al responsable del derecho de ejercer el comercio por el término del arresto y un (1) año más.

Parágrafo transitorio. Para los efectos del presente artículo, no serán responsables penalmente los comerciantes minoristas que, dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, presenten ante la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de su jurisdicción, relación de las mercancías respecto de las cuales no se pueda acreditar su legal introducción o permanencia en el territorio nacional, y que a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, las legalicen de conformidad con lo establecido en los artículos 57, 58 y 82 del Decreto 1909 de 1992.

La eximente de responsabilidad establecida en este parágrafo, se aplica de manera exclusiva respecto de las mercancías legalizadas en el plazo aquí establecido.

(...)

Artículo 20. Definición de la situación jurídica de las mercancías. Toda determinación referente a la aprehensión, carácter, valor aduanero, decomiso y disposición de las mercancías, será responsabilidad de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o de la entidad que haga sus veces".

III. LA DEMANDA

El actor sostiene que el artículo 6 de la Ley 383 de 1997, en los apartes que se subrayan, viola los principios de razonabilidad y proporcionalidad, además de que hace imprescriptibles las

acciones del Estado para aplicar las sanciones como consecuencia de infracciones administrativas.

Dice que el parágrafo del artículo en mención es discriminatorio y de mala fe, "por cuanto sus destinatarios serían tan sólo aquellos infractores tenedores de mercancías de contrabando clasificados odiosamente como comerciantes minoristas".

Nada más expresa el demandante en relación con dicho artículo. En cuanto a los demás preceptos acusados, ya fueron objeto de decisión, según Sentencia C-194 del 7 de mayo de 1998.

IV. INTERVENCIONES

Dentro del término de fijación en lista, los ciudadanos Juan Fernando Romero Tobón, actuando como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y Elizabeth Whittingham García, como apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, intervinieron para solicitar la declaración de constitucionalidad de las normas legales acusadas.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar constitucionales, en lo acusado, los mencionados artículos.

Manifiesta que la prescripción a la que se refiere el artículo 6, impugnado, no es para la investigación de la falta administrativa como equivocadamente lo entiende el demandante, en cuyo caso sí debía contarse el término a partir de la comisión de la falta, sino para hacer efectiva la sanción impuesta en el acto administrativo de liquidación oficial de revisión del valor.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para decidir en definitiva sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política.

2. Cosa juzgada constitucional

La Corte, mediante Sentencia C-194 del 7 de mayo de 1998 (M.P.: Doctor Hernando Herrera Vergara), ya decidió sobre la constitucionalidad de los artículos 15, 16 y 20 de la Ley 383 de 1997, que son objeto de demanda.

Por lo tanto, habrá de estarse a lo resuelto, pues ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

3. El término de prescripción de la acción sancionatoria en el proceso de control del régimen cambiario. La declaración voluntaria de legalización de mercancías y la no procedencia de sanción

El artículo 6 de la Ley 383 de 1997 establece una presunción en el sentido de que existe violación al régimen cambiario cuando se introducen bienes al territorio nacional sin declarar su valor aduanero, existiendo la obligación de hacerlo, o cuando su valor sea inferior en más de un 25% al valor en aduana de la respectiva mercancía.

En torno a la sanción aplicable en este caso, el inciso segundo del artículo -que es el demandado parcialmente- dispone que el término de prescripción de la acción en el proceso administrativo destinado a la determinación de la infracción cambiaria se contará "a partir de la notificación del acto administrativo de liquidación oficial de revisión de valor".

Para el actor esta norma es discriminatoria y fue establecida de mala fe, toda vez que, según él piensa, sus destinatarios serían tan sólo aquellos infractores tenedores de mercancía de contrabando clasificados como comerciantes minoritarios.

La Corte no lo considera así. Se trata, por el contrario, de una disposición general, que no contempla excepciones ni trato diverso según la cantidad de mercancía introducida de contrabando, y que pretende conferir certeza acerca del término de prescripción de la acción sancionatoria en el aspecto cambiario.

Es evidente que antes de la liquidación oficial sobre el valor de la mercancía no puede comenzar a transcurrir término alguno de prescripción de la acción, por cuanto todavía no se tiene motivo para pensar que se haya presentado una infracción al declarar los valores o bienes introducidos al territorio.

Y, desde luego, la definición a la que arribe la autoridad aduanera deberá ser notificada al interesado con el objeto de garantizar su derecho de defensa y simultáneamente para que la autoridad cambiaria inicie la actuación administrativa en su contra por tal concepto.

El término de prescripción corre, en el evento que la disposición contempla, para las autoridades cambiarias, no para las aduaneras, pues no se trata de definir si en este último campo hubo o no infracción. Lo que, en el supuesto normativo, se notifica a la persona es el acto que ya ha definido lo relativo a la declaración del valor aduanero de los bienes introducidos al territorio nacional y su liquidación oficial. De lo cual se deduce que el término de prescripción, en lo referente a la infracción cambiaria, no podría principiar a contarse, sino a partir de la certidumbre acerca de la verificación efectuada, respecto del valor de las mercancías, por las autoridades aduaneras.

La disposición impugnada, por otra parte, lo que hace justamente es señalar cuándo principia a transcurrir el término de prescripción, por lo cual no puede afirmarse, como lo hace el actor, que consagre una imprescriptibilidad de la sanción cambiaria.

Ahora bien, el indicado término, que es fijado por el legislador en los procesos administrativos cambiarios, afecta a todos aquellos que se encuentren en la hipótesis descrita, sin diferenciación alguna proveniente de la disposición acusada, por lo cual el argumento del demandante acerca de una posible discriminación, carece de fundamento. No hay violación del artículo 13 de la Carta Política, sencillamente porque la norma impugnada no distingue. Es objetiva y general.

No es admisible la afirmación del accionante sobre posible mala fe del Congreso al dictar la disposición. Ya ha dicho la Corte, con arreglo al artículo 83 de la Carta Política, que quien afirme la mala fe de un organismo o servidor del Estado debe probarla pues la presunción que consagra el sistema jurídico es cabalmente la contraria. El postulado constitucional prohíja unas relaciones de buena fe entre el Estado y los particulares; un clima de mutua confianza que exige presumir aquella en todas las actuaciones de uno y otros, siendo lo adecuado a la Constitución que las presunciones de mala fe se proscriban de los ordenamientos legales.

También formula acusación el demandante contra las expresiones del parágrafo en virtud de las cuales no procederá la sanción por la infracción al régimen cambiario cuando la declaración de legalización se presente voluntariamente, es decir, antes de la intervención de la autoridad aduanera.

Aunque el actor no formula ningún cargo específico contra este acápite normativo y lo cobija con su aseveración sobre mala fe del Congreso, la Corte entrará a definir si es no constitucional.

Del texto del parágrafo impugnado se infiere sin dificultad que en últimas, respecto de la legislación cambiaria, no se presenta la infracción, pues la hipótesis que el legislador

contempla es la del acto espontáneo del particular sin intervención alguna de la autoridad, declarando lo pertinente acerca del valor de la mercancía introducida al territorio nacional.

Si ello es así, no encuentra la Corte motivo para que la persona sea sancionada por posible violación a las disposiciones sobre cambios internacionales, pues la declaración -que es lo que importa al Estado en esa materia- es presentada voluntariamente y no bajo la presión de la dependencia oficial competente. No hay hecho materia de investigación y menos de sanción, lo cual explica y justifica la norma.

Las frases acusadas serán declaradas exequibles. La declaración de exequibilidad se extenderá a los contextos a los que tales expresiones pertenecen (inciso segundo y parágrafo del artículo 6), dada la íntima e inescindible relación existente, la cual lleva a la Corte a integrar, para efectos del fallo, la proposición jurídica completa.

DECISION

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. ESTESE a lo resuelto por la Corte en Sentencia C-194 del 7 de mayo de 1998 respecto de los artículos 15, 16 y 20 de la Ley 383 de 1997.

Segundo. Decláranse EXEQUIBLES el inciso segundo y el parágrafo del artículo 6 de la Ley 383 de 1997, que dicen:

"El término de prescripción de la acción sancionatoria en el proceso administrativo destinado a la determinación de la infracción cambiaria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de Liquidación Oficial de Revisión de Valor.

(...)

Parágrafo. Cuando la declaración de legalización se presente voluntariamente sin previa intervención de la autoridad aduanera, no procederá la sanción por la infracción al régimen cambiario establecida en este artículo".

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-232
mayo 20 de 1998

AUTONOMIA TRIBUTARIA DE MUNICIPIOS Y DEPARTAMENTOS

Corresponde al legislador fijar las reglas fundamentales a las que están sujetas las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales cuando establecen tributos, lo cual significa que según el ordenamiento superior, a aquél le compete señalar las actividades y materias que pueden ser gravadas, así como los procedimientos de orden fiscal y tributario, sin que sea válido sostener que cuando así actúa, esté desconociendo o cercenando la autonomía que constitucionalmente se le confiere a las entidades territoriales. El legislador está autorizado constitucionalmente para intervenir en los asuntos locales, a fin de garantizar y defender los intereses del orden nacional, sin que ello dé lugar a inmiscuirse en asuntos que son de la competencia exclusiva de los departamentos, distritos y municipios, pues en tal caso se violaría el núcleo esencial de la autonomía territorial. Por consiguiente, no obstante la autonomía reconocida por el ordenamiento superior a los entes territoriales, el legislador puede limitar y aun condicionar las facultades que la Carta Fundamental les otorga a dichas entidades, al estar autorizado para ello por mandato constitucional, y cuando sea necesaria y proporcionada al fin constitucional que se busca por la ley alcanzar.

ESTATUTO TRIBUTARIO PARA IMPUESTOS DEL ORDEN NACIONAL-
Aplicación a municipios y departamentos

La aplicación de las normas procedimentales establecidas en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional a las entidades territoriales, tiene como finalidad la unificación a nivel nacional del régimen procedimental, lo cual no excluye las reglamentaciones expedidas por las Asambleas Departamentales y por los Concejos Distritales y Municipales en relación con los tributos y contribuciones que ellos administran, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 300 y 313 de la Carta. Ello al contrario de lo afirmado por los demandantes, constituye cabal desarrollo y concreción de uno de los principios constitucionales (preámbulo y artículo 1o.), según el cual Colombia se organiza en forma de República unitaria, por lo que la autonomía no puede realizarse por fuera de la organización unitaria del Estado, razón por la cual, en aras de darle seguridad, transparencia y efectividad al recaudo, administración y manejo de los impuestos y contribuciones, compete al legislador fijar un régimen procedimental único, aplicable tanto a nivel nacional, como a tributos del orden local. Por ende, de conformidad con el ordenamiento superior, en caso de oposición o contradicción entre normas procedimentales fijadas por los entes territoriales con aquellas dispuestas por el legislador, prevalecen estas últimas, por lo que en consecuencia, los órganos competentes de las entidades territoriales deberán ajustar y modificar su normatividad para hacerla concordante con la señalada por la ley.

Referencia: Expediente D-1889

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 66 de la Ley 383 de 1997.

Actor: Carlos Germán Farfán Patiño y Libardo Cajamarca Castro

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Carlos German Farfán Patiño y Libardo Cajamarca Castro promovieron ante la Corte Constitucional, demanda contra el artículo 66 de la Ley 383 de 1997, la cual se procede a decidir una vez tramitado el juicio correspondiente y previas las siguientes consideraciones.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

"Artículo 66. *Administración y Control.* Los municipios y distritos, para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados con los impuestos administrados por ellos, aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos de orden nacional".

II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Los demandantes señalan que la norma acusada vulnera los artículos 1, 287 y 322 de la Constitución Política, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Según los actores, el precepto impugnado vulnera el principio constitucional de la autonomía que le es propia a los entes territoriales -distritos y municipios- al remitirlos a un procedimiento tributario para fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro de impuestos municipales, aplicable a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, en impuestos del orden nacional como el de renta y complementarios, ventas, timbre y demás, cuya autonomía impositiva y de tarifas le corresponde exclusivamente a los Concejos Municipales, de conformidad con lo previsto en los artículos 313 numeral 4 y 318 de la Carta Política. Así entonces, en su criterio son las Asambleas y los Concejos Distritales y Municipales quienes deben establecer los procedimientos para el efectivo recaudo y cobro de los mismos, así como las sanciones a que haya lugar.

En cuanto al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, agregan que con fundamento en la autonomía territorial que le es propia por disposición superior, el Concejo Distrital fija las tarifas y los tributos de su competencia de acuerdo a las condiciones, capacidades económicas, geográficas y políticas, así como las normas procedimentales para la determinación y el cobro de los tributos de su propiedad.

Según los demandantes, en el Libro V del Estatuto Tributario se establecen los procedimientos y sanciones a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, específicamente para los impuestos de renta y complementarios, timbre, ventas y remesas, por lo que se tornan inaplicables a los impuestos del orden municipal, por cuanto la diferencia de los porcentajes en las sanciones hace confusa su determinación.

Al respecto, hacen referencia a la sanción establecida en el artículo 643 del Estatuto Tributario, el cual fija como sanción por no declarar un porcentaje del 20% del valor de las consignaciones bancarias o ingresos brutos por omisión al impuesto de renta y complementarios; el 10% como sanción al valor de las consignaciones bancarias o ingresos brutos por la omisión al impuesto sobre las ventas u omisión de declaración de retenciones o el equivalente

a cinco veces el valor omitido en la declaración del impuesto de timbre. Estas sanciones en su criterio, serían inaplicables a los impuestos municipales por cuanto los porcentajes son fijados por los Concejos Municipales sobre los ingresos brutos.

Afirman los mencionados ciudadanos, que no puede remitirse al Estatuto Tributario para efectos de la determinación de las sanciones, porcentajes y valores que deban aplicarse al no declarar impuestos específicos de carácter municipal, puesto que éstos sólo fueron expedidos para los impuestos del orden nacional, por lo que quedaría un vacío jurídico de aplicación e interpretación, ya que éstos se regían anteriormente por acuerdos municipales en donde se fijaban los procedimientos y sanciones aplicables para cada impuesto.

De otra parte, consideran vulnerados los artículos 319 y 328 de la Carta Política, al manifestar que la disposición demandada derogaría las normas tributarias vigentes para el Distrito Capital y los Distritos Especiales de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta, cuyo régimen goza de protección especial en la Constitución Política, según lo establecen los artículos 319-2, en virtud del cual, "La ley de ordenamiento territorial adoptará para las áreas metropolitanas un régimen administrativo y fiscal de carácter especial....", y el artículo 322-2, según el cual, "Su régimen (el del Distrito Capital) político, fiscal y administrativo, será el que determine la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios".

En razón a las anteriores consideraciones, solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la disposición demandada, por cuanto ésta no puede remitir declaraciones tributarias, procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro de impuestos del orden municipal y distrital, a procedimientos tributarios aplicables a los impuestos y tributos de orden nacional, toda vez que la Ley 383 de 1997 no puede constituirse en un precepto de carácter especial, por cuanto los municipios y distritos tienen normas tributarias y de procedimiento fijadas por los Concejos, mediante acuerdos específicos a cada tributo; por lo tanto, la remisión que hizo el artículo 66 acusado es contraria a lo establecido en los artículos 319, 322 y 328 de la Constitución, pues ésta no se puede considerar ley especial de carácter tributario para los municipios y distritos.

III.INTERVENCIONES

Dentro del término de fijación en lista, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de apoderado, presentó escrito defendiendo la constitucionalidad de la norma demandada, al considerar que no viola el principio de autonomía fiscal de las entidades territoriales, la cual debe ejercerse dentro del marco de lo dispuesto por el legislador.

Resalta que la aplicación de las disposiciones procedimentales en materia tributaria, concebidas inicialmente para el orden nacional, tiene como objetivo la unificación procedimental a nivel nacional, la cual pretende fortalecer la lucha contra la evasión haciendo la labor de determinación de la obligación tributaria a cargo del contribuyente y su recaudo, más eficiente mediante mecanismos como la imposición de sanciones a quienes incumplan con la obligación constitucional de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado. Agrega que la existencia de este marco general único no excluye las reglamentaciones expedidas por los órganos competentes en los municipios y distritos, para el caso específico de los tributos que ellos administran, en cuanto a fijar las reglas de procedimiento para los impuestos del orden nacional.

A juicio del interviniente, en caso de incompatibilidad entre las reglas de procedimiento establecidas en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional, y la efectiva

determinación de la obligación tributaria a cargo del contribuyente, así como el recaudo y la imposición de sanciones dentro del marco municipal y distrital, los órganos competentes deberán adecuar el respectivo marco procedimental de acuerdo con las finalidades mencionadas.

Adicionalmente, indica que el que sean distintos desde el punto de vista sustancial los tributos del orden nacional y del municipal y distrital por comprender tanto éstos como aquéllos elementos diferentes (sujetos pasivos, hechos y bases gravables, tarifas), no hace necesariamente que el procedimiento tributario para unos y otros deba ser completamente distinto.

De otro lado, sostiene que los preceptos constitucionales invocados (319, 322 y 328) no resultan vulnerados, en la medida en que los regímenes especiales a que se refieren los artículos 322 y 328 no deben entenderse en sentido absoluto, de tal forma que cualquier aspecto que se relacione con el distrito capital y los especiales deba ser regulado exclusivamente por la legislación especial que se dicte para ellos. En el caso que se examina, no se observa elemento de juicio alguno que permita concluir que el procedimiento tributario de los mencionados distritos no solamente debe ser distinto al del nivel nacional, sino también al que exista en los demás municipios del país.

En el mismo sentido, expresa que tampoco resulta lógico que las reglas procedimentales en materia tributaria aplicables a las áreas metropolitanas deban estar contenidas en la ley orgánica de ordenamiento territorial, ya que en esta ley deben regularse los aspectos centrales del mencionado ordenamiento, dentro de los que no se encuentran las reglas procedimentales aludidas.

En el mismo sentido, señala que las reglas procedimentales deben armonizarse con las existentes en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional sin que se produzca la derogatoria.

Y finaliza su intervención, manifestando que la "posición en que se encontraría un contribuyente en caso de que cada tributo tuviese un procedimiento diferente, sería caótica, pero más grave sería que el mismo tributo tenga procedimientos independientes y antagónicos dependiendo de la entidad territorial donde se trabe la relación jurídica".

Por su parte, dentro del mismo término legal, los miembros del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Derecho Tributario presentaron escrito solicitando a esta Corporación declarar la exequibilidad de la norma acusada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Sostienen que el principio de autonomía de las entidades territoriales se encuentra consagrado en el artículo 1° de la Constitución que define a Colombia como un Estado social de derecho, unitario, descentralizado y con autonomía de las entidades territoriales, y conforme al desarrollo jurisprudencial que ha tenido dicho precepto, la autonomía no puede realizarse por fuera de la organización unitaria del Estado. Además, la autonomía de los entes territoriales está enmarcada por el principio de la unidad del Estado, que debe reflejarse en todos los campos, como así lo ha interpretado la Corte Constitucional desde su sentencia No. C-004 de 1993, la cual fue reiterada por la No. C-219 de 1997, en la cual se señaló que en materia de ingresos tributarios, la Constitución opta por dar primacía al principio unitario y otorga al legislador la atribución de diseñar la política tributaria del Estado.

Señalan que por razón de la simultaneidad operativa de diferentes niveles de autoridad, se pueden presentar conflictos de competencia, por lo cual desde la expedición del Código de Régimen Político y Municipal se ha establecido la prelación de la ley sobre los acuerdos municipales (artículo 240). Además, la jurisprudencia de la Corte (particularmente la consignada en la sentencia C-478 de 1992), ha establecido reglas para la solución de tales conflictos, especialmente la de jerarquía, teniendo en cuenta siempre como marco el Estado Unitario.

A su juicio, la autonomía tributaria de los departamentos y municipios tiene una clara y expresa limitación en los artículos 287, 300-4 y 313-4 de la Constitución, al definir que "dicha autonomía sólo se puede ejercer dentro de los límites de la Constitución y la Ley". Ello ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional, en virtud de la cual, la autonomía de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses debe ejercerse dentro de los límites de la Constitución y la ley (art. 287).

Por ello, estiman que fijar un procedimiento tributario uniforme, no implica que se recorte la autonomía de los municipios y distritos, ya que éstos conservan todas las facultades relativas a la organización administrativa y a la recaudación, conservación e inversión de sus recursos.

Adicionalmente, señalan que en nuestro orden jurídico no es nueva la figura de la implantación de normas nacionales de carácter procedimental en el nivel de las entidades territoriales. Así, por ejemplo, el Código Contencioso Administrativo se aplica a los asuntos departamentales y municipales en materia de procedimiento administrativo, conforme al artículo 81; e igualmente, en materia de contratación administrativa las normas nacionales se aplican tanto a nivel departamental y municipal conforme a los artículos 1° y 2° de la Ley 80 de 1993.

Por último, consideran que la disposición acusada no establece que los municipios aplicarán las sanciones establecidas en el Estatuto Tributario, sino que para la imposición de las sanciones se aplicará el procedimiento establecido en dicho estatuto, lo cual es completamente diferente a lo expresado en la demanda.

IV.CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante oficio fechado 23 de enero de 1998, el señor Procurador General de la Nación rindió el concepto de rigor dentro del término legal, solicitando a esta Corporación declarar constitucional el artículo 66 de la Ley 383 de 1997, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, señala que los preceptos constitucionales consagrados en los artículos 1, 150-4 y 271, señalan que el Estado colombiano se encuentra organizado en forma de república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la Ley. Por su parte, según la Carta Política, corresponde al Congreso establecer las competencias de las entidades territoriales.

Afirma que el Constituyente de 1991 estableció como principio el de la autonomía de las entidades territoriales, pero no le concedió facultades absolutas para administrar sus asuntos fiscales, por cuanto la organización del Estado en forma de República unitaria implica que las atribuciones reconocidas a estos entes deben ser ejercidas dentro de los límites previstos en la Constitución y la ley.

Agrega que la Carta Fundamental en sus artículos 287-3, 300-4 y 313-4, faculta a las Asambleas y a los Concejos para decretar, de conformidad con la ley, los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. En esa medida, considera que el legislador es competente para crear los tributos, y por ende, le asignó la función de regular los diversos aspectos relacionados con esta materia, tales como las declaraciones tributarias, los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro, lo cual significa que la Constitución no concedió soberanía fiscal a las entidades territoriales.

Según el Jefe del Ministerio Público, las entidades territoriales carecen de autonomía para fijar los tributos, por lo que los aspectos relacionados con el procedimentales, pueden ser regulados mediante la ley, sin que este hecho implique un atentado contra la autonomía reconocida a las entidades territoriales. Para sustentar esta afirmación, hace alusión a la

sentencia de la Corte Constitucional No. C-084 del 1 de marzo de 1995, según la cual "la Constitución autoriza a las entidades territoriales dentro de su autonomía, a establecer contribuciones pero siempre y cuando respeten los marcos establecidos por la ley, puesto que Colombia es un país unitario".

A juicio del citado funcionario, al establecer el legislador en la norma demandada que los municipios y distritos aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario, no se está atentando contra el régimen de autonomía reconocido a las entidades territoriales, por cuanto es el Congreso de la República quien está facultado para regular esta clase de actuaciones, procurando la uniformidad de estos trámites.

Por otra parte, señala que el precepto demandado no transgrede los artículos 319, 322 y 328 de la Carta, ya que estos sólo se refieren a los municipios y distritos, sin mencionar las áreas metropolitanas, entidades éstas que cuentan con un régimen administrativo y fiscal especial.

Finaliza su intervención afirmando que si los artículos 322 y 328 mencionados anteriormente, disponen que el régimen fiscal de Santa Fe de Bogotá será el que determinen la Constitución y las leyes especiales, y los Distritos Turísticos de Santa Marta y Cartagena conservan su régimen especial, también lo es que el Congreso como titular de la cláusula general de competencia en materia tributaria, está facultado para fijar el procedimiento fiscal aplicable a cada distrito, razón por la cual estima que el legislador al expedir la norma demandada no excedió el límite de sus atribuciones.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Carta, la Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente en relación con la acción pública de inconstitucionalidad ejercida contra el artículo 66 de la Ley 383 de 1997.

De la autonomía en materia tributaria de las entidades territoriales

En cuanto a la autonomía de que gozan las entidades territoriales, dispone el artículo 287 de la Carta Política que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley; dicha autonomía les confiere ciertos derechos, como gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

Es evidente que, como lo dispone la norma citada, dicha autonomía se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y legales, o sea, que no se trata de una autonomía en términos absolutos, pues aquella en ningún momento puede concebirse al margen del concepto de unidad que armoniza los intereses nacionales con los de las entidades territoriales.

En relación con el principio de la autonomía de las entidades territoriales, cabe reiterar aquí la jurisprudencia de la Corporación, la cual ha señalado que ella no es absoluta, por cuanto está subordinada a la Constitución y a la ley. En efecto, en la sentencia No. C-335 de 1996 (MP. Doctor Jorge Arango Mejía), se expresó lo siguiente:

> *"**En materia tributaria, la autonomía de los departamentos y municipios está limitada por la Constitución y la ley.***
>
> *Según el artículo 287 de la Constitución, "las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución*

y la ley". De conformidad con esta norma, es claro que la autonomía no es absoluta, sino limitada por la propia Constitución, y por la ley.

*En concordancia con la norma citada, establece el inciso segundo del artículo 288, también de la Constitución, que las competencias atribuídas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. Las competencias, pues, se definen y concretan "**en los términos que establezca la ley**"*

Siguiendo los principios enunciados, la Constitución al referirse al tema tributario en relación con los departamentos y los municipios establece:

"Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas:

"4. Decretar, de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales".

"Artículo 313. Corresponde a los Concejos:

"4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales".

***Estas normas determinan inequívocamente que la potestad impositiva de los departamentos y municipios tiene que ejercerse de conformidad con la ley**. No es, por lo mismo, aceptable sostener que en esta materia cada departamento y cada municipio puede ejercer su competencia dentro de los límites que él mismo quiera trazarse. Sostener semejante tesis implicaría la consagración del desorden y el caos en lo que tiene que ver con los tributos departamentales y municipales, pues los departamentos y los municipios podrían establecer tributos y contribuciones sin otro límite que el inexistente de la imaginación. En tales circunstancias, se quebrantarían, ahí sí, dos principios fundamentales de la Constitución: el primero, el que señala que Colombia está organizada en forma de República unitaria (artículo 1o.); el segundo, el de la igualdad ante la ley (artículo 13)" (negrillas y subrayas fuera del texto).*

Por su parte, en la sentencia No. C-521 de 1997, MP. Doctor Jose Gregorio Hernández Galindo, se afirmó al respecto lo siguiente:

"Competencia del legislador para restringir el poder tributario de las entidades territoriales

....

Así, pues, ni los departamentos ni los municipios ejercen una soberanía tributaria. es decir, una atribución ilimitada o absoluta para la determinación de impuestos, tasas y contribuciones en sus respectivos territorios.

...

Al respecto, debe reafirmarse:

"...para realizar el principio de autonomía de las entidades territoriales y con el objeto de asegurar que el patrimonio de éstas no resulte afectado por decisiones adoptadas a nivel nacional, el Constituyente ha prohibido de manera terminante que por ley se concedan exenciones o preferencias en relación con tributos que les pertenecen (artículo 294 C.P.).

La Carta Política reconoce a las entidades territoriales la propiedad sobre sus bienes y rentas y equipara la garantía que les brinda a la que merecen los particulares sobre los suyos, de conformidad con la Constitución (artículo 362 C.P.).

Más todavía, el artículo que se acaba de mencionar dispone en forma perentoria que, con la única excepción de la guerra exterior -y eso temporalmente-, los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y, en consecuencia, la ley no podrá trasladarlos a la Nación. Menos podría hacerlo, agrega la Corte, a sus entidades descentralizadas, ya que ello representaría la facultad de atribuir al ente subalterno posibilidades de las cuales carece el principal, sin que de todas maneras desaparecieran objetivamente las razones en las cuales se funda la restricción que a éste se impone". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-177 del 29 de abril de 1996) (negrillas y subrayas fuera del texto).

En efecto, según la jurisprudencia transcrita, es del caso reafirmar que corresponde al legislador fijar las reglas fundamentales a las que están sujetas las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales cuando establecen tributos, lo cual significa que según el ordenamiento superior, a aquél le compete señalar las actividades y materias que pueden ser gravadas, así como los procedimientos de orden fiscal y tributario, sin que sea válido sostener que cuando así actúa, esté desconociendo o cercenando la autonomía que constitucionalmente se le confiere a las entidades territoriales.

Ahora bien, con fundamento en lo dispuesto en el preámbulo y en los artículos 1o., 287, 294, 300-4, 313-4, 317 y 338 de la Carta Política, y teniendo en cuenta que el Estado colombiano está organizado en forma de República unitaria, la autonomía que se concede por estos preceptos a los entes territoriales, no es absoluta, pues está supeditada en cuanto a la gestión de sus propios intereses, como los del orden fiscal y tributario, a los límites que le señalen la Constitución y la ley, lo cual significa que la potestad impositiva regional y local es relativa y, en tal virtud, el legislador puede señalar ciertas pautas, orientaciones y regulaciones o limitaciones generales para su ejercicio, siempre que se respete el núcleo esencial de la autonomía, es decir, que no se desnaturalice la esencia de ésta de modo que se la desvirtúe o desconozca.

Al respecto, en la sentencia No. C-004 de 1993, la Corte Constitucional sostuvo que:

*"En conclusión, esta Corte considera que la introducción del concepto de autonomía que implica un cambio sustancial en las relaciones centro-periferia, debe en todo caso ser entendida dentro del marco general del estatuto unitario. De esta forma, **a la ley corresponderá definir y defender los intereses nacionales, y para ello puede intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate de materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que de lo que se trata es de armonizar los distintos intereses, y no simplemente de delimitarlos y separarlos. Por esto, generalmente las competencias que se ejercen en los distintos niveles territoriales no son excluyentes. Por el contrario dichas competencias, como lo señala la propia Constitución debe ejercerse dentro de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad**"* (negrillas y subrayas fuera del texto).

Así pues, el legislador está autorizado constitucionalmente para intervenir en los asuntos locales, a fin de garantizar y defender los intereses del orden nacional, sin que ello de lugar a inmiscuirse en asuntos que son de la competencia exclusiva de los departamentos, distritos y municipios, pues en tal caso se violaría el núcleo esencial de la autonomía territorial. Por consiguiente, no obstante la autonomía reconocida por el ordenamiento superior a los entes territoriales, el legislador puede limitar y aún condicionar las facultades que la Carta Fundamental les otorga a dichas entidades, al estar autorizado para ello por mandato constitucional, y cuando sea necesaria y proporcionada al fin constitucional que se busca por la ley alcanzar.

El mandato constitucional es claro al establecer que en materia fiscal, la autonomía de las entidades territoriales está expresamente limitada por la Constitución y la ley (artículos 287, 300 y 313 C.P..), por lo que como lo ha reconocido esta Corporación en varias oportunidades, no es dable predicar ni menos aceptar la tesis de la "soberanía fiscal" de los entes territoriales. En este sentido, se dijo en la sentencia No. C-517 de 1992, que:

> *"pese a que la Carta del 91 incrementó notablemente la capacidad tributaria de las entidades territoriales, sin embargo, **en materia impositiva mantuvo la subordinación de su poder normativo a la ley, según claramente lo estipulan los artículos 300-4 y 331-4 de la Carta. En otros términos, la facultad impositiva de las entidades territoriales continúa supeditada a la ley y ha de ejercerse con estricta sujeción a los parámetros que en ella se fijen**" (negrillas y subrayas fuera de texto).*

El mismo principio fue reafirmado en las siguientes providencias, donde se sostuvo que:

> *"- Sentencia C-004/93[1]:*
>
> *"La Carta de 1991, si bien introduce el concepto de autonomía de las entidades territoriales, consagra los principios rectores del régimen tributario del Estado unitario. Lo anterior no obsta para que se hayan creado importantes mecanismos que fortalecen la autonomía fiscal de las entidades territoriales. Con todo, dicha autonomía se encuentra sujeta a los mandatos de la Constitución y la ley".*
>
> ...
>
> *"En cualquier caso, la Carta subordina el poder tributario de las entidades territoriales a la ley, en desarrollo del principio de unidad nacional consagrado en el artículo 1".*
>
> *(...)*
>
> *"En conclusión, esta Corte considera que la introducción del concepto de autonomía, que implica un cambio sustancial en las relaciones centro-periferia, debe en todo caso ser entendida dentro del marco general del Estado unitario. De esta forma, a la ley corresponderá definir y defender los intereses nacionales, y para ello puede intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate de materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que de lo que se trata es de armonizar los distintos intereses, y no simplemente de delimitarlos y separarlos. Por esto, generalmente las competencias que se ejercen en los distintos niveles territoriales no son excluyentes...".*
>
> *- Sentencia No. C-070/94[2]*
>
> *"La actuación del legislador se explica pues, como esta Corporación ha tenido oportunidad de definirlo, en razón a que en la Carta de 1991 la facultad impositiva de las entidades territoriales continúa supeditada a la ley, a pesar de haberse incrementado notablemente. En esas condiciones, el legislador continúa teniendo la obligación constitucional de proveer a las entidades territoriales el marco normativo para que éstas ejerzan su potestad impositiva".*
>
> *- Sentencia No. C-084/95[3]*
>
> *"Un análisis sistemático de las normas constitucionales muestra entonces que el principio de legalidad rige en el campo tributario, por lo cual las entidades territoriales, si*

[1] M.P. Ciro Angarita Barón.

[2] M.P. Hernando Herrera Vergara.

[3] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

bien pueden imponer contribuciones, no son soberanas fiscalmente, ya que deben respetar los marcos establecidos por el Legislador.

...

"La Corte no puede sino reiterar el criterio según el cual las leyes que autorizan la creación de tributos por entidades territoriales pueden ser generales (...) Por consiguiente, es conforme con la Constitución que las asambleas y los concejos fijen, dentro de los marcos establecidos por la ley, los elementos constitutivos del tributo."

- Sentencia No. C-222/95[4]

"Si bien encuentra límites y restricciones que se desprenden del mismo texto constitucional, la atribución de legislar en materia tributaria, principalmente encomendada al Congreso de la República, es lo bastante amplia y discrecional como para permitirle fijar los elementos básicos de cada gravamen atendiendo a una política tributaria que el mismo legislador señala, siguiendo su propia evaluación, sus criterios y sus orientaciones en torno a las mejores conveniencias de la economía y de la actividad estatal. Así, mientras las normas que al respecto establezca no se opongan a los mandatos constitucionales, debe reconocerse como principio el de la autonomía legislativa para crear, modificar y eliminar impuestos, tasas y contribuciones nacionales, así como para regular todo lo pertinente al tiempo de su vigencia, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, las tarifas y las formas de cobro y recaudo. No puede sindicarse al legislador de vulnerar la Carta Política por el hecho de decretar la extinción de un impuesto, ni tampoco por unificar dos o más de los tributos pre-existentes, basado en consideraciones de conveniencia u oportunidad que encuadran dentro de la atribución que le es propia".

Examen del cargo

De conformidad con el artículo 66 de la Ley 383 de 1997, los municipios y los distritos en relación con las declaraciones tributarias, procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro de impuestos administrados por ellos, deberán aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos de orden nacional.

Como se señaló, a juicio de los demandantes, la norma acusada quebranta el ordenamiento constitucional que consagra la autonomía de las entidades territoriales, al señalar que para la fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro de sus impuestos, deben aplicar los procedimientos tributarios previstos para el orden nacional. Es en su criterio, competencia de los concejos distritales y municipales fijar los tributos y tarifas, así como las sanciones y el procedimiento para el recaudo y cobro de los impuestos del orden territorial.

Con fundamento en las normas constitucionales y legales, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales establecidos por esta Corporación en relación con la autonomía de las entidades territoriales en materia tributaria, y a los que se ha hecho referencia con anterioridad, estima la Corte que el cargo es improcedente.

---

[4] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

En efecto, la aplicación de las normas procedimentales establecidas en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional a las entidades territoriales, tiene como finalidad la unificación a nivel nacional del régimen procedimental, lo cual no excluye las reglamentaciones expedidas por las Asambleas Departamentales y por los Concejos Distritales y Municipales en relación con los tributos y contribuciones que ellos administran, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 300 y 313 de la Carta. Ello al contrario de lo afirmado por los demandantes, constituye cabal desarrollo y concreción de uno de los principios constitucionales (preámbulo y artículo 1o.), según el cual Colombia se organiza en forma de República unitaria, por lo que la autonomía no puede realizarse por fuera de la organización unitaria del Estado, razón por la cual, en aras de darle seguridad, transparencia y efectividad al recaudo, administración y manejo de los impuestos y contribuciones, compete al legislador fijar un régimen procedimental único, aplicable tanto a nivel nacional, como a tributos del orden local.

Por ende, de conformidad con el ordenamiento superior, en caso de oposición o contradicción entre normas procedimentales fijadas por los entes territoriales con aquellas dispuestas por el legislador, prevalecen estas últimas, por lo que en consecuencia, los órganos competentes de las entidades territoriales deberán ajustar y modificar su normatividad para hacerla concordante con la señalada por la ley.

Ahora bien, en cuanto hace a la autonomía fiscal y tributaria de las entidades territoriales, conviene recordar que de acuerdo con lo estipulado en los artículos 287, 300-4 y 313-4, respectivamente, estas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley; y además, las Asambleas decretarán los tributos y contribuciones, y los Concejos los tributos y los gastos locales, de conformidad con la ley. En consecuencia, como se ha dejado expuesto, no puede aceptarse la tesis de la soberanía fiscal, ya que la autonomía de que gozan las entidades territoriales está supeditada a la ley.

De otro lado, cabe destacar que cuando la norma acusada consagra un procedimiento tributario uniforme, aplicable tanto a nivel nacional, como departamental, distrital y municipal, no está quebrantando el principio constitucional de la autonomía territorial, pues estos entes conservan todas aquellas facultades que en desarrollo del mandato constitucional les corresponde en materia fiscal, como lo son la organización administrativa, el recaudo, la conservación, la inversión y el manejo de sus recursos. No obstante, ello no equivale a que dichas atribuciones puedan entenderse en términos absolutos e ilimitados, pues dentro del Estado unitario y con base en las normas superiores, están sometidos a la Constitución y a la ley. Además, según el numeral 4o. del artículo 150 de la Carta Política, al Congreso le corresponde establecer las competencias de las entidades territoriales, así como regular los procedimientos tributarios, por lo que en consonancia con el artículo 287 superior, puede válidamente hacer extensiva la aplicación del procedimiento de carácter nacional a las entidades territoriales. En tal virtud, a juicio de la Corte, el legislador al actuar como lo hizo en el precepto impugnado, no excedió el límite de sus atribuciones, sino que, por el contrario, obró de conformidad con el ordenamiento constitucional.

En razón a lo anterior, se declarará la exequibilidad del artículo acusado, como así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

VI.DECISION

En razón a lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional obrando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 66 de la Ley 383 de 1997.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-233
mayo 20 de 1998

PRESTACIONES SOCIALES DE EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES-Facultad del legislador para establecerlas

El Presidente de la República estaba facultado expresamente por el legislador ordinario para "fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos nacionales, así como el régimen de prestaciones sociales". Siendo nacionales los empleos a los que se refiere la norma atacada y consagrando ésta el régimen aplicable a sus cesantías, esto es, a una de las prestaciones sociales que les corresponden, no hubo exceso en el uso de las facultades extraordinarias. La norma acusada es constitucional desde los aludidos puntos de vista, ya que, analizada como lo debe ser a la luz de las disposiciones que en el momento de su expedición fijaban las reglas de competencia, se encuentra que no las quebrantó. Ya ha dicho la Corte que el legislador bien puede establecer distintos regímenes de cesantías, específicamente en lo atinente a su forma de liquidación, y que no por ello viola el principio de igualdad, siempre que las distinciones que introduzca sean justificadas.

Referencia: Expediente D-1892

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 21 del Decreto 1045 de 1978 y 27 del Decreto 3118 de 1968

Actores: Orlando Núñez B. y José Miguel Moreno R.

Magistrado Ponente: Doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinte (20) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Orlando Núñez B. y José Miguel Moreno R., haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241, numeral 5, de la Constitución Política, han presentado ante la Corte una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 21 del Decreto 1045 de 1978 y 27 del Decreto 3118 de 1968.

Cumplidos como están los trámites y requisitos exigidos en el Decreto 2067 de 1991, se entra a resolver.

II. TEXTO

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones objeto de proceso:

"Decreto 3118 de 1968
(diciembre 26)

"Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantía de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades legales y de las extraordinarias que le confiere la ley 65 de 1967,

DECRETA:

(...)

Artículo 21. Liquidaciones anuales. Cada año calendario, contado a partir del 1° de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador"

"Decreto 1045 de 1978
(junio 7)

Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 5 de 1978,

DECRETA:

(...)

Artículo 21. Del reconocimiento de vacaciones no causadas en caso de retiro del servicio. Cuando una persona cese en sus funciones faltándole treinta días o menos para cumplir un año de servicio, tendrá derecho a que se le reconozcan y compensen en dinero las correspondientes vacaciones como si hubiera trabajado un año completo"

III. LA DEMANDA

Manifiestan los actores que las disposiciones acusadas vulneran los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

Afirman que a los trabajadores del SENA se les está desconociendo el derecho a la igualdad, en cuanto las primas y cesantías no se les pagan como a los miembros de las Fuerzas Armadas, Ejército, Policía, Armada Nacional y profesores departamentales y municipales, o como a los trabajadores del sector privado.

Invocan también el principio de favorabilidad de materia laboral, que en su concepto es desconocido por las disposiciones impugnadas.

Expresan que, al expedir tales normas, "en ningún momento se tuvieron en cuenta los principios mínimos fundamentales de igualdad, remuneración mínima vital, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos", por lo cual estiman que se ha quebrantado el artículo 53 de la Carta Política.

IV. INTERVENCIONES

Vencido el término de fijación en lista, no se presentó intervención alguna.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación presenta escrito en el cual solicita a la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en Sentencia C-598 de 1997, que declaró exequible el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978, y conceptúa que se debe declarar la constitucionalidad del artículo 27 del Decreto 3118 de 1968.

A su juicio y respecto al artículo 27 acusado, no se presenta discriminación alguna ya que el legislador, al regular lo atinente al régimen de salarios y prestaciones de los servidores públicos, lo hizo teniendo en cuenta su vínculo laboral con el Estado, que está relacionado con las políticas y planes macroeconómicos del mismo, justificando el trato diferente en los principios del artículo 53 de la Carta Política.

Afirma que en cuanto a las cesantías, los trabajadores del sector privado gozan de dos regímenes establecidos por la Ley 50 de 1990, pudiendo los que ya se encontraban vinculados antes de su entrada en vigencia, optar por el régimen especial o en caso negativo seguir rigiéndose por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, el cual resulta inclusive más favorable frente a las reglamentaciones del sector oficial.

Así mismo -aduce-, se modificó para los trabajadores del sector privado el sistema de retroactividad de las cesantías equiparándolo al de los empleados oficiales del orden nacional mencionados en la norma acusada. Por tal motivo no se presenta discriminación alguna que haga inconstitucional la norma en comento.

Manifiesta finalmente que los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tienen un régimen especial, de acuerdo con lo establecido en los artículos 217 y 218 de la Constitución y no pueden tomarse como referencia para justificar una desigualdad.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para decidir en definitiva sobre la constitucionalidad de las normas acusadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5, de la Constitución Política.

2. Cosa juzgada constitucional

La Corte, mediante Sentencia C-598 del 20 de noviembre de 1997 (M.P.: Doctor Alejandro Martínez Caballero), declaró exequible el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978, específicamente en relación con los cargos de haber introducido la desigualdad entre los trabajadores (artículo 13 C.P.) y de desconocer las garantías mínimas que plasma el artículo 53 *ibidem*.

Como se trata ahora de resolver acerca de los mismos cargos y a ese respecto ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, deberá atenderse lo ya resuelto, sin que sea posible nueva decisión sobre dicho precepto por los motivos que ya fueron materia de análisis constitucional.

3. La facultad constitucional del legislador en relación con el régimen de las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales

Como lo ha destacado esta Corte en varias de sus sentencias, la Constitución Política otorgó al legislador la atribución de señalar las reglas generales, los objetivos y criterios a los que debe

ajustarse el Presidente de la República para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos y el de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales (art. 150, numeral 19, literales e) y f), C.P.).

Puede el legislador, en ejercicio de dicha facultad, establecer las reglas básicas sobre la manera como deben liquidarse y pagarse las prestaciones sociales, en este caso las cesantías.

La Corte ha señalado:

> "Ahora bien, establece el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política, que la materia objeto de análisis, en cuanto corresponde al régimen prestacional de los empleados públicos, ya que las cesantías reguladas en los preceptos que se examinan son prestaciones sociales, debe tratarse por el Congreso mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco.
>
> En efecto, la facultad estatal de regulación de las diversas materias contempladas en el indicado mandato constitucional debe ejercerse en dos momentos: uno, a cargo del Congreso, en el cual se fijan las grandes directrices, los objetivos y criterios y las reglas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno cuando cumpla la gestión a él encomendada; otro, precisamente a cargo del Ejecutivo, en el cual se establecen con carácter mucho más específico y concreto las medidas aplicables a cada uno de los rubros genéricamente previstos por el legislador, lo que implica una considerable ampliación de la potestad reglamentaria.
>
> (...)
>
> Sin embargo, el Legislativo no tiene por estas razones vedada su posibilidad de estatuir normas marco dentro de leyes más amplias o **comprehensivas**. Se admite la posibilidad de que ellas sean aprobadas junto con otras que se hallen dentro del mismo haz normativo pero que no tengan dicha calidad, lo cual no es prohibido por la Constitución.
>
> Por otra parte, que el legislador, en la norma marco, establezca reglas detalladas cuando se trate de materias reservadas por la Constitución a la ley, en nada invade la órbita del Gobierno, que es administrativa.
>
> No puede olvidarse, sobre este último punto, que, de todas maneras, las pautas generales que dicte el Congreso en las leyes marco hacen parte del ejercicio de su función legislativa. Es decir, las materias que con arreglo a la Constitución son de reserva de la ley, que no pueden transferirse al Ejecutivo ni delegarse en él, y ni siquiera ser objeto del mecanismo de las facultades extraordinarias (Art. 150, numeral 10, C.P.), no pueden tampoco dejar de hacer parte del marco que el Congreso de la República debe trazar en las materias previstas en el artículo 150, numeral 19, de la Constitución, para pasar a la órbita gubernamental. El marco, en esos ámbitos, es legal y el único que puede establecerlo es el Congreso, ya que solamente es permitido que se contenga en leyes en sentido formal y orgánico. La potestad reglamentaria, que se amplía en tratándose de asuntos objeto de regulación mediante la figura que contempla el numeral 19 del artículo 150 de la Carta, corresponde al Gobierno, pero éste ejerce una función sometida al marco de la ley, puramente administrativa, y no le es posible modificar, derogar, ampliar ni restringir lo que el legislador haya dispuesto al sentar las bases generales que orientan la actividad estatal en la materia respectiva. El Presidente de la República apenas puede -y debe- concretar tales directrices, en su campo, que es el administrativo,

pues el desarrollo de las leyes marco no le confiere atribuciones de legislador, con el objeto de adecuar las pautas generales a las variables circunstancias de la economía y al manejo de situaciones objeto de su decisión.

Es evidente, entonces, que la Carta Política resultaría violada si se "deslegalizaran" por esta vía asuntos que son de competencia exclusiva del Congreso y que jamás pueden ser modificadas por el Gobierno Nacional sin grave peligro para la seguridad jurídica y para la debida estructura de las jerarquías normativas, según la separación funcional que establece el artículo 113 de la Constitución.

Tal es el caso precisamente del régimen de cesantías, que resulta reformado por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 para las personas que se vinculen en el futuro a los órganos y entidades del Estado. Las reglas que se venían aplicando, en cuanto hacían parte del régimen prestacional, eran de jerarquía legislativa y solamente podían ser afectadas o modificadas mediante ley, por lo cual las directrices que el Congreso ha dictado en la norma que ocupa la atención de la Corte no podían dejar de contemplar de manera directa, como se hizo, los nuevos sistemas de liquidación definitiva de cesantías por anualidades o fracciones de ellas.

Se cambió, pues, por el legislador -que era quien podía hacerlo- el sistema que se hallaba en vigor, y a ello se procedió con el propósito definido de disminuir o atemperar el gasto público, pero no aparece por tales razones violado precepto constitucional alguno, en cuanto no se afectaron los derechos adquiridos de los trabajadores (la norma surte efectos hacia el futuro); no se rompió la unidad de materia exigida por la Carta; no se vulneró el artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política; no se sustituyó al Gobierno en el ejercicio de una función que fuera propia de él y, por el contrario, se circunscribió el Congreso a establecer reglas propias de su competencia" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997. M.P. Drs. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa).

Obviamente, los proyectos de ley correspondientes, por mandato expreso del artículo 154 de la Constitución, deben tener origen en la iniciativa del Gobierno, por tratarse de leyes marco.

Por otra parte, según lo dispone el artículo 150, numeral 10, de la Constitución Política, no es posible que el Congreso confiera al Ejecutivo facultades extraordinarias para fijar el marco normativo mediante decretos con fuerza de ley.

En el presente caso, la norma examinada fue expedida antes de la Constitución de 1991, cuando el régimen de prestaciones sociales del sector público no obedecía a las prescripciones generales de las leyes marco.

Por tanto, ni se requería iniciativa del Gobierno para tramitar el proyecto de ley, si de ésta se tratara, ni estaba impedido el Congreso para otorgar facultades extraordinarias con el objeto indicado. El Decreto 3118 de 1968 se expidió por el Presidente de la República en desarrollo de las autorizaciones legislativas que le otorgó el artículo 1 de la Ley 65 de 1967 en los siguientes términos:

"Artículo 1. De conformidad con el numeral 12 del Artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el

término de un año contado a partir de la vigencia de esta Ley, para los efectos siguientes:

a) Fijar tiempos mínimos en cada grado de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y dictar las normas para modernizar el régimen de carrera de este personal;

b) Fijar los sueldos básicos, primas y bonificaciones del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, grumetes, agentes y personal civil del servicio del ramo de la Defensa Nacional;

c) Modificar el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía, soldados, grumetes, agentes y personal civil al servicio del ramo de la Defensa Nacional;

d) Reorganizar las dependencias de la Presidencia de la República;

e) Reorganizar la administración fiscal, con el objeto de capacitarla para evitar el fraude y cumplir en tiempo oportuno con sus funciones de liquidación y recaudación de los tributos y tasas nacionales, así como para resolver con prontitud las reclamaciones de los contribuyentes, también para reorganizar la administración de las aduanas a fin de hacerlas más expeditas y eficientes;

f) Reorganizar el Departamento Administrativo del Servicio Civil y la Comisión Nacional del Servicio Civil y de señalarles sus funciones, a objeto de que puedan prestar al Gobierno en asocio de la Secretaría de Organización e Inspección de la Administración Pública la cooperación necesaria para el ejercicio de las facultades que contempla la presente Ley;

g) Modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y régimen de nombramientos y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos;

h) Fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo nacionales, así como el régimen de prestaciones sociales;

i) Suprimir, fusionar y crear dependencias y empleos en la rama ejecutiva del poder público y en los institutos y empresas oficiales y acordar autonomía o descentralizar el funcionamiento de oficinas de la administración que así lo requieran para el mejor cumplimiento de sus fines;

j) Establecer las reglas generales a las cuales deben someterse los institutos y empresas oficiales en la creación de empleos y en el señalamiento de las asignaciones y prestaciones sociales de su personal y el régimen del servicio".

Como puede verse, el Presidente de la República estaba facultado expresamente por el legislador ordinario para "fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos nacionales, así como el régimen de prestaciones sociales".

Siendo nacionales los empleos a los que se refiere la norma atacada y consagrando ésta el régimen aplicable a sus cesantías, esto es, a una de las prestaciones sociales que les corresponden, no hubo exceso en el uso de las facultades extraordinarias.

La norma acusada es constitucional desde los aludidos puntos de vista, ya que, analizada como lo debe ser a la luz de las disposiciones que en el momento de su expedición fijaban las reglas de competencia, se encuentra que no las quebrantó.

Ahora bien, en el aspecto de su conformidad material con la Carta Política de 1991, particularmente en lo que se refiere a sus artículos 13 y 53 -invocados por los demandantes-, tampoco se percibe motivo alguno de inconstitucionalidad.

En efecto, ya ha dicho la Corte que el legislador bien puede establecer distintos regímenes de cesantías, específicamente en lo atinente a su forma de liquidación, y que no por ello viola el principio de igualdad, siempre que las distinciones que introduzca sean justificadas.

Así lo expresó con claridad en la Sentencia C-068 del 22 de febrero de 1996 (M.P.: doctor Antonio Barrera Carbonell), al declarar la exequibilidad del artículo 2 del Decreto 2201 de 1987, que estableció unas reglas específicas para la liquidación de las cesantías de los empleados de Telecom.

En esa oportunidad expresó la Corte que "no necesariamente los regímenes oficiales y particulares en lo referente al reconocimiento, liquidación y pago del auxilio de cesantía deben ser iguales, pues la normatividad correspondiente puede ser distinta, siempre que el trato diferenciado tenga un motivo de razón suficiente, una justificación objetiva y razonable"

Agregó la Corporación, en referencia expresa al Decreto 3118 de 1968:

> "El trato diferente que en materia de cesantía se da a los servidores de Telecom y, en general, a los empleados públicos y trabajadores oficiales a los cuales se les aplica el Decreto 3118 de 1968, que como se vio antes tiene una justificación razonable, obedece además a la diferente regulación, fundada en consideraciones jurídicas con arraigo constitucional, y materiales, que tradicionalmente el legislador ha hecho de las relaciones individuales de trabajo oficiales y particulares. En tal virtud, dicha regulación ha obedecido a diferentes motivos, como son: las distintas naturaleza y modalidades de la relación de trabajo, los diferentes tipos de entidades, nacionales, departamentales, distritales y municipales, el otorgamiento de especiales beneficios a ciertos sectores de empleados, en razón de la naturaleza de la labor que desempeñan, las limitaciones presupuestales, la necesidad de organizar y poner en funcionamiento o fortalecer cajas de previsión social encargadas del pago de las prestaciones de los servidores públicos, etc.".

En el caso de la liquidación y pago de las cesantías, distintas normas integrantes del orden jurídico en vigor establecen reglas similares a las contempladas por el artículo 21 del Decreto 3118 de 1968, con las necesarias adaptaciones dentro de cada sistema.

Tal ocurre con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los trabajadores particulares.

La disposición demandada no introduce discriminación alguna que pudiera entenderse contraria a lo ordenado por los artículos 13 y 53 de la Constitución Política. Se limita a plasmar un régimen general, aplicable a los servidores públicos de las entidades nacionales, que no presenta características en cuya virtud ellos pudiesen resultar afectados por una forma desventajosa de liquidación de cesantías, si se recuerda que, en términos generales, los distintos regímenes consagrados por el legislador en los últimos años tienden a desmontar la llamada "retroactividad" de las cesantías, disponiendo su liquidación año por año y la firmeza de las sucesivas liquidaciones.

Ahora bien, el Congreso expidió la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13, que fue declarado exequible por esta Corte mediante Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997 (M. P.: Drs. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa), se dispuso:

"Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Organos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo".

Se trata de una norma legal de mayor amplitud, que cobija ya no solamente a los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, sino a todos los órganos y entidades estatales y, como se observa, reafirma el sistema, dejando en claro en su literal b) que a los trabajadores que se vinculen con tales organismos y entidades les serán aplicables las normas vigentes sobre cesantías que no sean contrarias a su preceptiva.

El artículo objeto de proceso no contradice lo allí plasmado y, más bien, armoniza con sus mandatos.

DECISION

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en Sala Plena, oído el concepto del Ministerio Público y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declárase **EXEQUIBLE** el artículo 21 del Decreto 3118 de 1968.

Segundo. **ESTESE A LO RESUELTO** por la Corte, en Sentencia C-598 del 20 de noviembre de 1997, en lo que concierne al artículo 21 del Decreto 1045 de 1978, por los cargos relativos a violación de los artículos 13 y 53 de la Constitución.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-234
mayo 20 de 1998
COSA JUZGADA

Referencia: Expediente D-1909

Normas Demandadas:

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 30 (p) de la Ley 200 de 1995.

Actor: Carlos Mario Serrano Isaza y otro.

Magistrado Ponente: Doctor ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

I. ANTECEDENTES

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios del proceso a que da lugar la acción pública de inconstitucionalidad, procede la Corte a proferir la sentencia correspondiente en relación con la demanda presentada por los ciudadanos Carlos Mario Isaza Serrano y Carlos Alberto Paz Lamir, contra el artículo 30 (p) de la Ley 200 de 1995.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

Se transcribe a continuación el texto de la norma acusada, subrayando lo demandado:

LEY 200 DE 1995

(julio 28)

"Por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico"

El Congreso de Colombia

DECRETA:

"ARTICULO 30. SANCIONES ACCESORIAS. Son sanciones accesorias las siguientes:

1. "Las inhabilidades para ejercer funciones públicas en la forma y términos consagrados en la Ley 190 de 1995.

"PARAGRAFO: En aquellos casos en que la conducta haya originado sanción penal la inhabilidad procede siempre y cuando no hubiere sido impuesta en el respectivo proceso, igualmente como consecuencia de faltas graves o gravísimas.

"En los casos en que la sanción principal comporte inhabilidad en el mismo fallo se deberá determinar el tiempo durante el cual el servidor público sancionado queda inhabilitado para ejercer cargos públicos. En firme la decisión, tendrá efectos inmediatos.

"Cuando el servidor público sancionado preste servicios en otra entidad oficial, deberá comunicarse al representante legal de esta para que proceda a hacer efectiva la inhabilidad.

2. "La devolución, la restitución o la reparación, según el caso, del bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que ellas no se hayan cumplido en el proceso penal, cuando la conducta haya originado las dos acciones.

3. "La exclusión de la carrera".

III. LA DEMANDA

Consideran los demandantes que la norma acusada viola los artículos 29 y 34 de la Constitución Política, según los conceptos de violación que expone en detalle.

IV. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

El ciudadano Alvaro Namen Vargas, actuando en su calidad de apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho, presenta escrito en el cual solicita a la Corte declarar la constitucionalidad del aparte demandado del artículo 30 de la Ley 200 de 1995.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación rindió el correspondiente concepto y solicitó a la Corte declarar exequible el aparte demandado del artículo 30 de la Ley 200 de 1995.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-187 del 6 de mayo de 1998, declaró exequible el aparte demandado del artículo 30 de la Ley 200 de 1995.

Dado que el aludido pronunciamiento de la Corte tiene el valor de cosa Juzgada, en los términos del artículo 243 de la Constitución, en la parte resolutiva de este proveído se ordenará estarse a lo resuelto en la precitada sentencia.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Estése a lo resuelto por la Corte en la sentencia C-187 de 1998, mediante la cual se declaró exequible el aparte demandado del artículo 30 de la Ley 200 de 1995.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-251
mayo 26 de 1998

LEY ESTATUTARIA-Cuándo se requiere

Para definir si un cierto contenido normativo debe ser vaciado en ley estatutaria, es necesario establecer si mediante él se regula total o parcialmente una de las materias enunciadas en el artículo 152 de la Constitución. No es suficiente, para hacer exigible esta modalidad de legislación, que el precepto en cuestión haga referencia a uno de tales asuntos ni que guarde con esos temas relación indirecta. Se necesita que mediante él se establezcan las reglas aplicables, creando, así sea en parte, la estructura normativa básica sobre derechos y deberes fundamentales de las personas, los recursos para su protección, la administración de justicia, la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición, las funciones electorales, las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción. La reserva de ley estatutaria para leyes que regulan derechos fundamentales se justifica en el propósito constitucional de su protección y defensa; busca garantizarlos en mayor medida; no se trata de elevar a rango estatutario toda referencia a tales derechos, y menos de afectar, para hacer rígida o inmodificable, la normatividad referente a otras materias que, por motivos no relacionados con su núcleo esencial, aluda a ellos.

PROFESION-Regulación legal

La función de expedir los reglamentos de las profesiones supone que el Estado, partiendo de la garantía constitucional de su ejercicio, y sin que por ello perturbe su núcleo esencial, introduzca las reglas mínimas que salvaguarden el interés de la comunidad y simultáneamente el de los profesionales del ramo correspondiente. Esa atribución siempre podrá ser ejercida por el legislador, en cumplimiento de la disposición contenida en el artículo 26 de la Carta, como algo ordinario y no excepcional, lo que significa que se halla dentro de los presupuestos tomados en cuenta por el Constituyente respecto de la función estatal, no siendo entonces lógico atribuirle un carácter distinto del que corresponde al corriente desarrollo de la tarea legislativa. Exigir nivel estatutario a las leyes mediante las cuales esa ordinaria responsabilidad del legislador se concreta a propósito de distintas profesiones o actividades significaría admitir que ellas regulan elementos estructurales fundamentales que afectan siempre el núcleo esencial de la libertad de escoger profesión u oficio, lo que en verdad no acontece.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Alcance de facultades al analizar ámbito atribuido a profesión

El juez constitucional, al analizar la norma que determina el ámbito atribuido a una actividad profesional relacionada, complementaria o afín a otra u otras, cuando se trata de materias técnicas o científicas cuyos límites son discutibles inclusive en el medio integrado por quienes las profesan -tal es el caso de optómetras y oftalmólogos, cuyas divergencias en torno

al campo de acción de cada una de las profesiones ha quedado patente en la documentación allegada al expediente-, no puede descalificar lo dispuesto por la ley, a la cual corresponde constitucionalmente la competencia al respecto, a no ser que lo consagrado en ella resulte manifiestamente irrazonable o desproporcionado, o que, de por sí, en cuanto al contenido de lo autorizado, ordenado o permitido, lesione principios o mandatos de la Constitución. Lo dicho acontece no sólo a partir del reconocimiento de que la atribución respectiva ha sido señalada en cabeza del legislador, sino por carecer el juez constitucional de elementos de juicio que le permitan arribar a un criterio técnico o científico exacto, definitivo e infalible en relación con la delimitación precisa que deba haberse plasmado. Pero, además, salvo los eventos de manifiesta transgresión del Ordenamiento Fundamental, el problema de si una determinada profesión debe o no abarcar ciertas funciones o la prestación de determinados servicios no es susceptible de ser resuelto en términos exclusivamente constitucionales, entre otras razones por la muy poderosa de que la Constitución para nada se ocupa de ello. Es más, con excepción de las expresas referencias que en su texto se hacen a actividades tales como el ejercicio del Derecho o del periodismo -en donde tampoco se crean linderos entre especialidades-, la Carta Política no alude a profesiones u oficios específicos, y deja la materia a la ley.

OPTOMETRA Y OFTALMOLOGO-Ambito profesional

No viola la Carta Política la regla legal que atribuye a los optómetras la prevención y corrección de las enfermedades del ojo y del sistema visual por medio del examen, diagnóstico, tratamiento y manejo que conduzcan a lograr la eficiencia visual y la salud ocular, siempre que tales funciones las cumpla dentro del campo propio de su especialidad, según los criterios científicos y técnicos de universal aceptación. No se trata, entonces, de que oftalmólogos y optómetras cumplan exactamente el mismo papel. Sus labores son complementarias pero distintas, de acuerdo con una muy extendida delimitación generalmente acogida, y tanto unos como otros, en sus respectivas áreas, pueden concurrir a la prevención y corrección de las enfermedades y defectos visuales; diagnosticar y tratar a los pacientes -sin exceder cada uno los límites que imponen su formación académica y su específica preparación y para los fines concretos que justifican sus actividades-, todo con el propósito de asegurar a aquéllos la eficiencia visual y la salud ocular. No estima la Corte que, con la norma objeto de estudio, se haya vulnerado el principio de igualdad en perjuicio de los oftalmólogos, ni tampoco el de trabajo que a ellos corresponde constitucionalmente, pues por una parte la Ley impugnada no tiene por objeto la reglamentación de esa actividad y, por otra, del artículo 2 en cuestión no se desprende restricción, limitación o prohibición, para ellos, en cuanto al ejercicio de la oftalmología. El eventual abuso en que pudieran incurrir profesionales de la optometría, al exceder su propio radio de acción para invadir el de los oftalmólogos, prescribiendo o practicando, por ejemplo, tratamientos de carácter netamente oftalmológico, según la delimitación científica de esta especialidad, no es ya asunto propio del control de constitucionalidad en abstracto, sobre la disposición acusada, sino materia librada por la Constitución (art. 26) a la vigilancia y el control de las autoridades administrativas en cuanto al ejercicio de la profesión. El aparte que se controvierte será declarado exequible, pues no quebranta mandato constitucional alguno, aunque la exequibilidad debe condicionarse, como lo hará la Corte, en el sentido de que los tratamientos que lleven a cabo los optómetras deben estar relacionados directamente con el campo de la optometría y no extenderse al área propia de los oftalmólogos u otros profesionales de la salud, conducta que además se les impone desde el punto de vista ético, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

OPTOMETRA-Diseño, organización, ejecución, evaluación de planes, proyectos y programas

El literal g), -que ha sido impugnado parcialmente pero que para efectos de este fallo debe tomarse en su totalidad por constituir una proposición jurídica completa-, si no se circunscribiera al entorno específico, definido en la Ley y en esta Sentencia, que es justamente el de la profesión de la que se trata, sería inconstitucional en su integridad, y no solamente en lo acusado, ya que incluye de manera amplísima e indeterminada, como parte del ejercicio profesional, las posibilidades de diseño, organización, ejecución y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos para la promoción, prevención, asistencia, rehabilitación y readaptación de problemas de la salud visual y ocular. Su carácter indefinido, que permite colegir una injerencia del optómetra, por el solo hecho de serlo, en las directrices que trace el Estado con alcance genérico sobre problemas de salud visual y ocular, inclusive mediante su diseño, organización, ejecución y evaluación, no puede ser admitido como exequible. Por lo tanto, se dispondrá que únicamente se aviene a la Constitución Política si la norma se entiende restringida a la esfera interna profesional, sin repercusión forzosa en los planes y programas generales que corresponden a las competentes autoridades públicas.

OPTOMETRA-Tarjeta profesional

En materia de salud el legislador debe asegurar que el nivel de preparación académica y científica de quienes participen en procesos clínicos con incidencia en ella, desde los más sencillos hasta los de mayor complejidad, gocen de conocimientos actualizados y completos sobre el área objeto de su actividad, de manera que al actuar no pongan en peligro la integridad personal ni la vida de los pacientes. En ese orden de ideas, si una ley nueva amplía las posibilidades de acción, en aspectos técnicos o científicos, para un sector profesional, permitiéndole abarcar asuntos que antes le estaban vedados, es apenas natural que el legislador tome la precaución de exigir a quienes cumplían requisitos ajustados a la normatividad precedente que actualicen y nivelen su preparación, para poder prestar los servicios correspondientes en la misma forma y con el mismo alcance en que lo hacen los nuevos profesionales, cuyos estudios universitarios incluyen ya el mayor campo de acción.

OPTOMETRA-Ejercicio profesional

El inciso 2 del parágrafo contenido en el artículo 3 de la Ley 372 de 1997 es constitucional, en el entendido de que, como para los optómetras se han sucedido en el tiempo dos regímenes legales y éstos admiten formaciones académicas distintas, los del anterior (Decreto 825 de 1954) no pueden prestar servicios de aquellos que resultan de la nueva definición legal, a menos que obtengan la nivelación correspondiente. Si no lo hacen, están sometidos a las restricciones originales, lo cual se desprende necesariamente del imperativo constitucional de proteger la salud de los pacientes que a ellos se confíen. Son constitucionales igualmente, en esos términos, las reglas del artículo 9 demandado, que señala como ilegal el ejercicio de la profesión de optómetra que se realice por quienes no se ubiquen en las exigencias legales aludidas, cumpliéndolas a cabalidad e íntegramente. Claro está, dicha norma se aplica exclusivamente al terreno de la optometría y para nada afecta a los oftalmólogos, quienes se rigen por las normas en vigor correspondientes y por la cobertura inherente a su formación profesional.

CONSEJO TECNICO NACIONAL PROFESIONAL DE OPTOMETRIA

Inconstitucional autorización para establecer y reglamentar medicamentos

La reglamentación de la Ley 372 de 1997 respecto a la utilización de medicamentos por los optómetras no puede confiarse a un consejo de carácter técnico, aunque tengan asiento en él

los ministros de Salud y Educación, pues la norma que así lo disponga invade necesariamente la órbita de competencias constitucionales del Presidente de la República. -En cuanto a la función de establecer cuáles medicamentos pueden ser utilizados por los optómetras y cuáles no, tampoco corresponde al Consejo en mención. Hacer tal señalamiento implica trazar parte bien importante de la política gubernamental, establecer disposiciones generales a nivel nacional, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley en materia de salud pública. Y es claro que, según el artículo 208 de la Constitución Política, todas esas funciones corresponden a los ministros y directores de departamentos administrativos, en su calidad constitucional de jefes de la administración en sus respectivas dependencias. En esta materia, entonces, no puede ser sustituido el Ministro de Salud por un cuerpo asesor como el contemplado en los artículos bajo examen. Lo relativo al suministro de medicamentos repercute necesariamente en la salud de los habitantes en general y no solamente tiene importancia para los profesionales de una determinada especialidad.

CONSEJO TECNICO NACIONAL PROFESIONAL DE OPTOMETRIA-Expedición de tarjeta profesional

En el punto específico de la atribución otorgada al Consejo para expedir las tarjetas profesionales, la Corte no acoge el concepto del Procurador General de la Nación, que deriva su validez de la figura denominada "descentralización por colaboración", pues aunque sería la fórmula jurídica aplicable si se pudiera afirmar que el Consejo en cuestión está integrado sólo por particulares y que tiene carácter privado, es lo cierto que su composición y funciones muestran a las claras que goza de carácter público. Es el Estado, por medio de él, aunque con participación de los particulares que en su seno actúan, el que otorga las tarjetas profesionales previstas en la Ley y lleva el registro correspondiente.

CONSEJO TECNICO NACIONAL PROFESIONAL DE OPTOMETRIA-Inconstitucional función de asesoría al ejecutivo

No es compatible con la Constitución que el Consejo del cual ahora nos ocupamos, aun a pesar de su naturaleza y de la función pública que se le encomienda, concentre la función de asesoría al Ejecutivo en tales materias, cuando en su composición no están representados los oftalmólogos ni otros profesionales también dotados de autoridad, en razón de su quehacer, para contribuir a la preservación de la salud visual. El literal h) del artículo en estudio es igualmente inconstitucional, en cuanto implica una delegación de la función legislativa en los reglamentos del Consejo.

CODIGO DE ETICA OPTOMETRICA-Expedición corresponde al legislador

No menos inconstitucional es el parágrafo transitorio del artículo 8, objeto de proceso, que encomienda al Consejo Técnico Nacional de Optometría la atribución, del exclusivo resorte del legislador, de expedir el Código de Etica Optométrica. La Constitución Política, en su artículo 150, numeral 2, señala en cabeza del Congreso la responsabilidad y la competencia de expedir códigos "en todos los ramos de la legislación" y reformar sus disposiciones. Más aun, inclusive el Presidente de la República, quien puede ser facultado extraordinariamente por el Congreso para expedir decretos con fuerza material legislativa, tiene expresamente prohibida la expedición de códigos. Con mayor razón está excluido de la indicada función un consejo de naturaleza consultiva como el previsto en la normatividad acusada.

Referencia: Expediente D-1836

Acción de inconstitucionalidad contra la Ley 372 de 1997, "Por la cual se reglamenta la profesión de optometría en Colombia y se dictan otras disposiciones".

Actor: Néstor Raúl Correa Henao

Magistrados Ponentes: Doctores José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. LA DEMANDA

El ciudadano Néstor Rául Correa Henao ejerció ante la Corte el derecho contemplado por los artículos 40-5 y 241-4 de la Constitución Política. Presentó al efecto una demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes -los que se subrayan en el texto- de la Ley 372 de 1997, "Por la cual se reglamenta la profesión de optometría en Colombia y se dictan otras disposiciones", desde el punto de vista de su contenido, y contra la totalidad de dicho ordenamiento desde la perspectiva del trámite seguido para su aprobación.

El texto materia de acción, en el cual aparecen subrayadas las normas impugnadas en relación con su contenido, dice así:

"LEY 372 DE 1997

(mayo 28)

"Por la cual se reglamenta la profesión de optometría en Colombia y se dictan otras disposiciones"

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. Del objeto. La presente Ley reglamenta el ejercicio de la profesión de optometría, determina la naturaleza, propósito y campo de aplicación, desarrolla los principios que la rigen, señala sus entes rectores de dirección, organización, acreditación y control del ejercicio profesional.

Artículo 2. Definición. Para los fines de la presente Ley, la optometría es una profesión de la salud que requiere título de idoneidad universitario, basada en una formación científica, técnica y humanística. Su actividad incluye acciones de prevención y corrección de las enfermedades del ojo y del sistema visual por medio del examen, diagnóstico, tratamiento y manejo que conduzcan a lograr la eficiencia visual y la salud ocular, así como el reconocimiento y diagnóstico de las manifestaciones sistémicas que tienen relación con el ojo y que permiten preservar y mejorar la calidad de vida del individuo y la comunidad.

Artículo 3. De los requisitos. Para ejercer la profesión de optometría en todo el territorio nacional, es necesario cumplir uno de los siguientes requisitos:

a) Que el profesional haya obtenido el respectivo título universitario, otorgado por alguna de las instituciones universitarias, reconocidas por el Gobierno Nacional;

b) Que el profesional haya obtenido su título en un establecimiento universitario en países que tengan celebrado o celebren con Colombia tratados o convenios sobre homologación o convalidación de títulos, siempre que los documentos pertinentes

estén refrendados por las autoridades colombianas competentes en el país de origen del título correspondiente;

c) Que el profesional haya obtenido su título en un establecimiento universitario, de un país que no tenga tratados o convenios de homologación o convalidación de títulos con Colombia y presente ante el Ministerio de Educación los certificados en que consten las materias cursadas y aprobadas y el respectivo título, debidamente autenticados por un funcionario diplomático autorizado para el efecto por el Gobierno de Colombia.

El Ministerio de Educación del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES (sic), convalidará u homologará el título, cuando a su juicio, el plan de estudios de la Institución sea por lo menos equivalente al de uno de los establecimientos universitarios reconocidos oficialmente en Colombia;

d) Para cualquiera de los casos anteriores el optómetra requerirá de la tarjeta profesional expedida de conformidad con el artículo 8 de la presente Ley.

Parágrafo. Los optómetras que obtengan la tarjeta profesional están autorizados para utilizar los medicamentos que el Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría establezca y reglamente de acuerdo con el artículo 8 de la presente Ley.

Lo anterior no se aplica a los profesionales que a la fecha de promulgación de la presente Ley ostenten solamente el registro profesional vigente, quienes para obtener la tarjeta profesional, deberán acreditar la nivelación correspondiente.

Artículo 4. De las actividades. Para todos los efectos legales se entiende por ejercicio de la optometría, la aplicación de conocimientos técnicos y científicos en las siguientes actividades:

a) La evaluación optométrica integral;

b) La evaluación clínica, tratamiento y control de las alteraciones de la agudeza visual y la visión binocular;

c) La evaluación clínica, el diseño, adaptación y el control de lentes de contacto u oftálmicos con fines correctivos terapéuticos o cosméticos;

d) El diseño, adaptación y control de prótesis oculares;

e) La aplicación de las técnicas necesarias para el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y rehabilitación de las anomalías de la salud visual;

f) El manejo y rehabilitación de discapacidades visuales, mediante la evaluación, prescripción, adaptación y entrenamiento en el uso de ayudas especiales;

g) El diseño, organización, ejecución y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos, para la promoción, prevención, asistencia, rehabilitación y readaptación de problemas de la salud visual y ocular;

h) El diseño, organización, ejecución y evaluación de planes, programas y proyectos que permitan establecer los perfiles epidemiológicos de la salud visual u ocular de la población;

i) El diseño, ejecución y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos de investigación conducentes a la generación, adaptación o transferencia de tecnologías que permitan aumentar la cobertura, la atención y el suministro de soluciones para el adecuado control y rehabilitación de la función visual.

j) El diseño, dirección, ejecución y evaluación de programas de salud visual en el contexto de la salud ocupacional;

k) La dirección, administración de laboratorios de investigación en temas relacionados con la salud visual;

l) La dirección, administración y manejo de establecimientos de óptica para el suministro de insumos relacionados con la salud visual;

m) Los demás que en evento del desarrollo científico y tecnológico, sean inherentes al ejercicio de la profesión.

Artículo 5. De la competencia. Las actividades del ejercicio profesional definidas en el artículo anterior, se entienden como propias de la optometría, exceptuando específicamente los tratamientos quirúrgicos convencionales y con rayo Láser y demás procedimientos invasivos, sin perjuicio de las competencias para el ejercicio de otras profesiones y especialidades de la salud, legítimamente establecidas en las áreas que les corresponden.

Artículo 6. Del Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría. Créase el Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría, como un organismo de carácter técnico permanente, cuyas funciones serán de consulta y asesoría del Gobierno Nacional, de los entes territoriales, con relación a las políticas de desarrollo y ejercicio de la profesión.

Artículo 7. De la integración. El Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría, estará integrado por los siguientes miembros principales:

a) El Ministro de Salud o su Delegado;

b) El Ministro de Educación o su Delegado;

c) Dos representantes de las entidades docentes oficialmente reconocidas, designados por la Asociación Colombiana de Facultades de Optometría;

d) Dos representantes de las asociaciones de profesionales de la optometría;

e) Un representante de la Asociación de Usuarios de los Servicios de Salud.

Parágrafo 1. La designación de los representantes la harán las entidades señaladas en el presente artículo dentro de los doce (12) meses siguientes a la sanción de la presente Ley. Los representantes de las asociaciones anteriores serán elegidos por una sola vez por un período de dos (2) años; y aquellos de los que tratan los literales c) y d) del presente artículo, serán optómetras titulados y con tarjeta profesional.

Parágrafo 2. El representante de la Asociación de Usuarios de los Servicios de Salud, lo designará la Asociación con mayor número de socios existente en el país.

Parágrafo 3. Uno de los dos representantes de las asociaciones de profesionales de la optometría, será designado por la asociación con mayor número de afiliados, previa certificación ante el Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría.

Artículo 8. De las funciones. El Consejo Técnico Nacional Profesional de la Optometría tendrá las siguientes funciones:

a) Dictar su propio reglamento, organizar su propia secretaría ejecutiva y fijar sus normas de financiación;

b) Expedir la tarjeta a los profesionales que llenen los requisitos exigidos y llevar el registro correspondiente;

c) Fijar el valor de los derechos de expedición de la tarjeta profesional;

d) Colaborar con las autoridades universitarias y profesionales en el estudio y establecimiento de los requisitos académicos y plan de estudios con el fin de lograr una óptima educación y formación de profesionales de la optometría;

e) Cooperar con las Asociaciones y Sociedades Gremiales, científicas y profesionales de la optometría en el estímulo y desarrollo de la profesión y el continuo mejoramiento de la utilización de los optómetras;

f) Asesorar al Ministerio de Salud en el diseño de planes, programas, políticas o actividades relacionadas con la salud visual;

g) Establecer y reglamentar los medicamentos que el optómetra puede utilizar en su ejercicio profesional;

h) Las demás que señalen sus reglamentos en concordancia con la presente Ley.

Parágrafo. El requisito de tarjeta profesional no regirá para los integrantes del primer consejo, mientras dura la organización y trámite correspondiente.

Los miembros que representan a las asociaciones de optómetras y a las entidades docentes que conforman el Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría, desempeñarán sus funciones *ad honorem*.

Parágrafo Transitorio. El Consejo Técnico Nacional de Optometría expedirá, en un lapso de tiempo no mayor de seis (6) meses su posesión (sic), el Código de Ética Optométrica.

Artículo 9. **Del ejercicio ilegal**. Entiéndese por ejercicio ilegal de la profesión de optómetra, toda actividad realizada dentro del campo de competencias de la presente Ley, por quien no ostenta la calidad de profesional de la Optometría y no esté autorizado debidamente para desempeñarse como tal.

Artículo 10. De la vigencia. Esta Ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Luis Fernando Londoño Capurro.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Pedro Pumarejo Vega.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

Giovanni Lamboglia Mazzilli.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

Diego Vivas Tafur.

ERNESTO SAMPER PIZANO

La Ministra de Salud.

María Teresa Forero de Saade.

El Ministro de Educación Nacional.

Jaime Niño Díez"

Se han cumplido todos los trámites y requisitos indicados en el Decreto 2067 de 1991 y, por tanto, entra la Sala Plena a proferir decisión de fondo.

Aclara el demandante que, como ya se dijo, si bien desde el punto de vista formal ataca toda la Ley, por el aspecto material sólo pone en tela de juicio algunos apartes específicos de la misma.

Para el actor, la Ley 372 de 1997 vulnera los artículos 152, literal a), y 153 de la Constitución Política en cuanto ha debido ser tramitada como estatutaria y no lo fue.

Afirma también el impugnador que varias de las disposiciones de la Ley atentan contra los artículo 26, que consagra la libertad de escoger profesión u oficio y la posibilidad de que el Estado regule el ejercicio de las profesiones; 49, que se refiere al derecho a la salud; 13, 25 y 53, que contemplan los derechos a la igualdad y al trabajo; y 93, a cuyo tenor los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Congreso prevalecen en el orden interno.

En cuanto al artículo 2 de la Ley, dice el demandante que es inconstitucional por su amplitud, pues autoriza a los optómetras para realizar labores propias del campo de la medicina oftalmológica. Así ocurre con las expresiones "prevención y corrección de las enfermedades del ojo y del sistema visual" y "por medio del examen diagnóstico, tratamiento y manejo que conduzcan a lograr la eficiencia visual y la salud ocular".

Esa amplitud -observa- vulnera al mismo tiempo los derechos y deberes de tres destinatarios: los usuarios, los profesionales y el Estado.

En el sentir del demandante, la normatividad acusada ha regulado la profesión a que se refiere de una manera tan amplia que un optómetra podría fácilmente dejar invidente a una persona, sin salirse de la ley.

A su juicio, las enfermedades del ojo no conllevan únicamente a la formulación de gafas o lentes de contacto, sino que comprometen la salud, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad, la vida, la dignidad y el interés general, y, por tanto, deben ser atendidas por un médico oftalmólogo y no por un optómetra.

Aduce que los optómetras, si ejercieran las actividades autorizadas por la Ley acusada, vulnerarían el artículo 95-1 de la Constitución, por cuanto estarían cumpliendo funciones ajenas a su especialidad.

Afirma que mediante la Ley 372 de 1997 el Estado desconoce su deber constitucional de intervenir una profesión que supone alto riesgo social. Además, establece una discriminación en contra de los oftalmólogos y correlativamente un privilegio irrazonable a favor de los optómetras.

Iguales argumentos expone el accionante, respecto de los literales b), e), g) y h) del artículo 4 de la norma en cuestión, en lo acusado.

En relación con el parágrafo del artículo 3, y el literal g) del artículo 8, también demandados, en virtud de los cuales se autoriza a los optómetras para que utilicen los medicamentos que el Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría determine, considera el actor que dicho órgano, de carácter estrictamente consultivo, no puede establecer ni reglamentar lo relativo a medicamentos, pues ello le compete al Presidente de la República y al Ministro de Salud.

Así las cosas, como la Ley acusada no ha delegado en forma expresa la potestad reglamentaria del Presidente de la República, se está desconociendo el artículo 211 de la Carta Política, en concordancia con el 1 y el 6 *ibidem*.

En cuanto a las funciones del Consejo Técnico, el demandante aduce, respecto de la estipulada en el literal b) del artículo 8 de la Ley acusada, que la expedición de las tarjetas profesionales de optómetra y el registro correspondiente no es una función propia de un órgano consultivo. En cuanto al literal e), manifiesta que el legislador confunde dicho Consejo con un gremio profesional "al decir que es función suya velar por el continuo mejoramiento de la utilización de los optómetras".

Considera que el artículo 9, en concordancia con el 2, el 3 y el 4 de la Ley 372, es totalmente irrazonable, ya que un médico oftalmólogo podría verse sancionado por ejercer ilegalmente la optometría. Agrega que las profesiones sólo pueden limitarse teniendo en cuenta el riesgo social, pero paradójicamente lo que la Ley hace es crear dicho riesgo y no controlar la actividad que lo genera.

Expresa, además, que la amplitud de la norma atenta contra el debido proceso y específicamente contra el principio de tipicidad.

Manifiesta el actor que los artículos 2 y 4, literales b), e), g), h) y m), vulneran el derecho a la igualdad en el trabajo (artículos 13, 25 y 53 C.P.), ya que "se aprecia una discriminación en contra de los médicos oftalmólogos y una equivalente preferencia en favor de los optómetras" Aduce que ello obedece a que se equiparan los campos de acción de las dos profesiones, sin tener en cuenta que los estudios y preparación son diferentes en cada caso.

Alega que igualmente se desconoce el artículo 93 de la Carta, pues el Convenio 111 de la OIT, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantizan los derechos a la igualdad de oportunidades y trato en el empleo, a la salud y la asistencia médica, y el principio según el cual los derechos de las personas están limitados por los derechos de los demás.

II. INTERVENCIONES

Dentro del término de fijación en lista intervino en el proceso el apoderado del Ministerio de Salud, para solicitar que la Corte declare la constitucionalidad de la normatividad acusada. Así mismo presentaron escritos, orientados a defender la exequibilidad del ordenamiento acusado, César A. Hernández A., Gerente de la Federación Colombiana de Optómetras; Sergio García Isaza, Gerente del Hospital San Vicente de Paúl de Caldas (Antioquia); Pascual Hernando Pérez Rivera, Gerente del Hospital San Juan de Dios; Jaime Avendaño Lamo y José María Plata Luque, en representación del Movimiento Pro dignidad de la Optometría; estudiantes de optometría de la Fundación Universitaria San Martín, Universidad Santo Tomás, Universidad de la Salle, y de la Fundación Universitaria del Area Andina de Santa Fe de Bogotá; Leopoldo A. Giraldo Velásquez, Gerente del Hospital San Juan de Dios-Marinilla; Gabriel Merchán De Mendoza, Hernando Henao Restrepo, Orlando Angulo y Carlos Téllez Díaz, en su condición de ex presidentes y miembros activos de la Asociación Colombiana de Optómetras; Oswaldo Vargas G., Decano de la Facultad de Optometría de la Universidad Antonio Nariño, docentes y estudiantes del mismo plantel educativo; Javier A. Oviedo P., actuando como Presidente de la Asociación Latinoamericana de Optometría y Optica, Víctor Hugo Montes Campuzano, Presidente de la Confederación de Organizaciones de Profesionales de la Salud; Peter J. Stevenson Presidente de la World Council of Optometry; Abraham Gonen, Director de Educación Internacional Pensylvania College of Optometry.

Intervinieron con el objeto de solicitar la declaración de inexequibilidad de la Ley acusada varios oftalmólogos, numerosos residentes de oftalmología de Colombia, especialistas en

otras ramas, médicos generales y pacientes del Hospital de San José de Santa Fe de Bogotá; el ciudadano Julio Enrique Ospina, actuando en su calidad de Director Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina; Ramiro Prada Reyes, médico oftalmólogo, miembro del Capítulo Central de la Sociedad Colombiana de Oftalmología; Flavio Romero Lozano y Alvaro Moncayo Cruz, actuando como Presidente y Secretario, respectivamente, del Colegio Médico del Valle; y Gabriel Eduardo Marín Ramos, en su calidad de Presidente de la Sociedad Colombiana de Oftalmología.

Por su parte, el ciudadano Guillermo Alfonso Segura Sáenz presentó escrito con el fin de coadyuvar la demanda de inconstitucionalidad y solicitó a la Corte declarar inexequible la Ley 372 de 1997, y de manera subsidiaria proferir un fallo condicionado en el entendido de que "dichas normas no pueden asimilarse a una habilitación a los optómetras para invadir las esferas propias de los médicos oftalmólogos, por razones de riesgo social que el Constituyente protegió de manera expresa".

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de la Ley 372 de 1997, en cuanto se refiere al cargo formulado por el actor, según el cual debió dársele el trámite de ley estatutaria, pues estima que el legislador, al reglamentar la profesión de optómetra, no reguló el núcleo esencial de los derechos a la salud, a escoger profesión y oficio y al trabajo, sino que solamente señaló el ámbito de sus actividades.

Pide además que se declaren exequibles los artículos 2 (parcial), 4 (parcial), 8, literal b), y 9.

Manifiesta que la Ley 372, en su artículo 5, "no excluyó a los demás profesionales que tuvieran el conocimiento suficiente para realizar las actividades por ella descritas". Dice que, en tal virtud, no puede sancionarse por ejercicio ilegal de la profesión de optómetra, a quienes tienen otra profesión que supone conocimientos y experiencia adecuados, y que gozan de la autorización estatal para su ejercicio.

Además, afirma que la normatividad acusada sí establece los límites al ejercicio de la profesión de optómetra, precisamente "con el fin de prevenir un riesgo social"

Recalca que las expresiones demandadas deben ser interpretadas en concordancia con lo dispuesto por el artículo 5 de la citada Ley. De esta forma, se tiene que "pueden coexistir las actividades propias de los oftalmólogos y las de los optómetras, sin que esta circunstancia genere riesgo social, puesto que los primeros ejercerán las actividades descritas en las normas acusadas bajo una perspectiva médica, y los segundos desempeñarán su labor a partir de las técnicas y procedimientos propios de su profesión".

En cuanto atañe a la función del Consejo Técnico Nacional Profesional de expedir la tarjeta profesional de optómetra y llevar el registro correspondiente, aduce que "el Estado puede válidamente, a través de la figura de la descentralización por colaboración, atribuir a una entidad surgida de la voluntad de los particulares la facultad de expedir las tarjetas profesionales, las cuales tienen como objetivo fundamental otorgar seguridad a los usuarios o pacientes de los servicios prestados por los optómetras...".

Por otra parte, solicita el Procurador que sean declarados inexequibles el parágrafo del artículo 3 y el literal g) del artículo 8. Asevera que, dado el riesgo social que está en juego, no se debe permitir que los optómetras puedan prescribir los medicamentos señalados por el Consejo Técnico Profesional de la Optometría, pues una autorización en ese sentido

desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben guiar la actividad legislativa, "en cuanto implica grave riesgo para la vida, la salud y la integridad física de los asociados". A su juicio, dicha atribución debe estar radicada sólo en cabeza de los profesionales de la ciencia médica.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

El examen de la normatividad acusada corresponde a esta Corte, según lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, ya que la demanda recae sobre una ley aprobada por el Congreso de la República.

2. El cargo referido a la totalidad de la Ley. Carácter excepcional de la exigencia de ley estatutaria

En la demanda se plantea una posible inexequibilidad de toda la Ley 372 de 1997, a partir del argumento según el cual, por consagrar el artículo 26 de la Constitución el derecho fundamental a ejercer profesión u oficio, y teniendo en cuenta que las disposiciones impugnadas reglamentan precisamente el ejercicio de una profesión, para este efecto ha debido observarse el trámite propio de las leyes estatutarias (artículos 152 y 153 C.P.), lo que no se hizo en este caso.

Varios son los antecedentes que sobre el tema tiene a la vista la Corte, en los cuales ella ha declarado la exequibilidad de leyes con idéntico objeto al de la Ley demandada, en el entendido de que no requerían, a la luz de la Constitución, haber sido aprobadas como leyes estatutarias. Entre otros, pueden mencionarse los fallos C-606 del 14 de diciembre de 1992, M.P.: Doctor Ciro Angarita Barón; C-177 del 6 de mayo de 1993, M.P.:Doctor Hernando Herrera Vergara y C-226 del 5 de mayo de 1994, M.P.: Doctor Alejandro Martínez Caballero.

En el caso de la Ley 51 de 1975, declarada inexequible mediante Sentencia C-087 del 18 de marzo de 1998 (M.P.: Doctor Carlos Gaviria Díaz), el motivo de la inconstitucionalidad radicó en una oposición material entre la exigencia de tarjeta profesional para ejercer el derecho fundamental a la información y el artículo 20 de la Carta, que lo garantiza a todas las personas. Y, aunque ello afectó, por unidad normativa, la integridad del articulado, no tenía relevancia el tema referente al trámite de ley estatutaria, en cuanto se trataba de un ordenamiento anterior a la Constitución Política de 1991, que introdujo esa categoría legislativa.

Debe decirse inicialmente que la Constitución, en materia de jerarquía y características especiales de ciertas leyes, no concibe el nivel estatutario como regla general sino como excepción. Es claro que ésta -de interpretación restrictiva- proviene de la expresa enunciación, en la propia Carta, de las materias cuya regulación tiene que plasmarse en leyes así denominadas por el Constituyente.

La Corte considera que, en consecuencia, para definir si un cierto contenido normativo debe ser vaciado en ley estatutaria, es necesario establecer si mediante él se regula total o parcialmente una de las materias enunciadas en el artículo 152 de la Constitución. No es suficiente, para hacer exigible esta modalidad de legislación, que el precepto en cuestión haga referencia a uno de tales asuntos ni que guarde con esos temas relación indirecta. Se necesita que mediante él se establezcan las reglas aplicables, creando, así sea en parte, la estructura normativa básica sobre derechos y deberes fundamentales de las personas, los recursos para su protección, la administración de justicia, la organización y régimen de los partidos y movimien-

tos políticos, el estatuto de la oposición, las funciones electorales, las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción.

En materia de derechos fundamentales, la Corte reitera que no todo posible vínculo entre la norma de una ley y uno cualquiera de los derechos fundamentales de orden constitucional repercute en la indispensable calificación de aquélla como estatutaria.

Así, es evidente que el ejercicio del derecho fundamental al debido proceso implica la verificación acerca de si en cada caso han sido acatadas en toda su plenitud las reglas propias del correspondiente juicio (art. 29 C.P.), y que, por tanto, lo consagrado en las leyes procesales constituye necesario punto de referencia al respecto, sin que ello signifique que tales leyes procesales deban haber sido expedidas como estatutarias.

La reserva de ley estatutaria para leyes que regulan derechos fundamentales se justifica en el propósito constitucional de su protección y defensa; busca garantizarlos en mayor medida; no se trata de elevar a rango estatutario toda referencia a tales derechos, y menos de afectar, para hacer rígida o inmodificable, la normatividad referente a otras materias que, por motivos no relacionados con su núcleo esencial, aluda a ellos.

Ha sostenido esta Corte que las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos.

"Esto no supone -ha dejado en claro- que toda regulación en la cual se toquen aspectos relativos a un derecho fundamental deba hacerse por vía de Ley Estatutaria" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-013 del 21 de enero de 1993. M.P.: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

En la Sentencia C-425 del 29 de septiembre de 1994 (M.P.: Doctor José Gregorio Hernández Galindo), la Corte reafirmó esta tesis al manifestar:

> "Exigencia constitucional de ley estatutaria
>
> La Constitución Política de 1991 introdujo la modalidad de las leyes estatutarias para regular algunas materias respecto de las cuales quiso el Constituyente dar cabida al establecimiento de conjuntos normativos armónicos e integrales, caracterizados por una mayor estabilidad que la de las leyes ordinarias, por un nivel superior respecto de éstas, por una más exigente tramitación y por la certeza inicial y plena acerca de su constitucionalidad.
>
> Esas materias son las señaladas en el artículo 152 de la Constitución, a cuyo tenor, el Congreso de la República regulará, mediante las expresadas leyes, los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; el estatuto de la oposición y las funciones electorales; las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción.
>
> La propia Carta ha diferenciado esta clase de leyes no solamente por los especiales asuntos de los cuales se ocupan y por su jerarquía, sino por el trámite agravado que su aprobación, modificación o derogación demandan: mayoría absoluta de los miembros del Congreso, expedición dentro de una misma legislatura y revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto, antes de su sanción por el Presidente de la República (artículos 153 y 241 - 8 de la Constitución Política).
>
> En cuanto se refiere a derechos fundamentales, esta Corte ha destacado que la reserva constitucional de su regulación por el trámite calificado, propio de la ley estatutaria, no supone que toda norma atinente a ellos deba necesariamente ser objeto del exigente

proceso aludido, pues una tesis extrema al respecto vaciaría la competencia del legislador ordinario.

Sobre el particular, ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de que estas leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales, pero que no fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística cualquier evento ligado a ellos, pues, de algún modo, toda la legislación, de manera más o menos lejana, se ve precisada a tocar aspectos que con ese tema se relacionan. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencias C-013 del 21 de enero de 1993, M.P.: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz; C-311 del 7 de julio de 1994, M.P.: Doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

Ha preferido la Corte, entonces, inclinarse por una interpretación estricta, en cuya virtud, "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" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-408 del 15 de septiembre de 1994, M.P.: Doctor Fabio Morón Díaz)".

Eso sí, en la Sentencia citada y en las providencias que a su vez reitera, la Corporación hizo explícito que el expuesto alcance de los artículos 152 y 153 de la Constitución "no podría conducir al extremo contrario del que, por exagerado, se ha venido desechando -el de que pueda el legislador afectar el sustrato mismo de los derechos fundamentales mediante ley ordinaria-", pues ello, además de violar los mencionados preceptos, tendría la grave consecuencia consistente en "la pérdida del especialísimo sentido de protección y garantía que caracteriza a nuestro sistema constitucional cuando de tales derechos se trata".

Por eso, la Corte concluyó:

"La regulación de aspectos inherentes al ejercicio mismo de los derechos y primordialmente la que signifique consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos, únicamente procede, en términos constitucionales, mediante el trámite de ley estatutaria.

Regular, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa "ajustar, reglar o poner en orden una cosa"; "ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines"; "determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona o cosa".

De lo cual resulta que, al fijar el exacto alcance del artículo 152 de la Constitución, no puede perderse de vista que el establecimiento de reglas mediante las cuales se ajuste u ordene el ejercicio mismo de los derechos fundamentales implica, de suyo, una **regulación**, que, por serlo, está reservada al nivel y los requerimientos de la especial forma legislativa en referencia.

Del expreso mandato constitucional se deriva, en consecuencia, que el Congreso viola la Constitución cuando, pese al contenido regulador de derechos fundamentales que caracterice a una determinada norma, la somete a la aprobación indicada para la legislación ordinaria".

Pero la Corte ha señalado con claridad que "las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección" y que, por tanto, "no tienen como objeto regular en

detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico". (Cfr. Sentencia C-226 del 5 de mayo de 1994. M.P.: Doctor Alejandro Martínez Caballero).

Ahora bien, como allí mismo se advirtió, las leyes destinadas a reglamentar el ejercicio de las profesiones no regulan necesaria e invariablemente elementos estructurales esenciales de la libertad de escoger profesión u oficio, ni afectan *per se* otros derechos fundamentales en su núcleo esencial. Excepto en casos tan peculiares como el de la profesión que tiene por objeto informar -que es en sí mismo un derecho fundamental (art. 20 C.P.)-, ya analizado por la Corte (Sentencia C-087 del 18 de marzo de 1998), el señalamiento del ámbito de determinada carrera profesional o el de requisitos para ejercerla no comporta una afectación del derecho fundamental del que se trata en su núcleo esencial sino el reconocimiento de su carácter relativo, supeditado siempre al control estatal en guarda de los derechos colectivos, y el desarrollo del mandato constitucional que obliga a cumplir ciertas condiciones -las que la ley consagre- para poder actuar profesionalmente, dadas las repercusiones sociales del desempeño correspondiente, bajo la vigilancia de la autoridad (art. 26 C.P.).

La función de expedir los reglamentos de las profesiones supone que el Estado, partiendo de la garantía constitucional de su ejercicio, y sin que por ello perturbe su núcleo esencial, introduzca las reglas mínimas que salvaguarden el interés de la comunidad y simultáneamente el de los profesionales del ramo correspondiente.

Esa atribución siempre podrá ser ejercida por el legislador, en cumplimiento de la disposición contenida en el artículo 26 de la Carta, como algo ordinario y no excepcional, lo que significa que se halla dentro de los presupuestos tomados en cuenta por el Constituyente respecto de la función estatal, no siendo entonces lógico atribuirle un carácter distinto del que corresponde al corriente desarrollo de la tarea legislativa. Exigir nivel estatutario a las leyes mediante las cuales esa ordinaria responsabilidad del legislador se concreta a propósito de distintas profesiones o actividades significaría admitir que ellas regulan elementos estructurales fundamentales que afectan siempre el núcleo esencial de la libertad de escoger profesión u oficio, lo que en verdad no acontece.

Como lo dice el artículo 1 de la Ley 372 de 1997, ella tiene por objeto determinar la naturaleza, propósito y campo de aplicación de la optometría, desarrolla los principios que la rigen, señala sus entes rectores de dirección, organización, acreditación y control del ejercicio profesional, y, en general, encaja dentro de los requerimientos normales del tipo de leyes del que se habla en los párrafos precedentes, por lo cual su carácter de ley ordinaria no sufre mengua al aplicar la jurisprudencia constitucional expuesta, ni necesitaba el trámite extraordinario previsto por los artículos 152 y 153 de la Constitución para las leyes estatutarias.

Entonces, el cargo genérico, que abarca la Ley en su conjunto, debe desecharse para afirmar que, por el enunciado aspecto, no se ha violado la Constitución.

3. **El ámbito profesional de los optómetras**

Dice el artículo 2, demandado, que la actividad propia de la optometría incluye, entre otros aspectos, la "prevención y corrección de las enfermedades del ojo y del sistema visual por medio del examen, diagnóstico, tratamiento y manejo que conduzcan a lograr la eficiencia visual y la salud ocular".

La Corte considera que corresponde al legislador, cuando ejerce la atribución constitucional de exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones, la plena competencia

para demarcar el campo propio de cada una de ellas y las actividades que, en su aplicación concreta, pueden emprender las personas tituladas.

Con arreglo a esas disposiciones, que precisan el ámbito profesional objeto de reglamentación, las universidades e instituciones educativas autorizadas para la preparación de quienes aspiran a obtener los títulos de idoneidad, deben estructurar los programas académicos y señalar las asignaturas indispensables para la adecuada formación de sus estudiantes.

No sería compatible con la Constitución, particularmente en lo relativo a la responsabilidad que ella confía al legislador, pretender -como lo quiere el demandante- que aquél se viera limitado, al establecer los confines de las distintas profesiones objeto de reglamentación, por los conceptos -no siempre objetivos- que sobre su propio ámbito de acción, predeterminado por la práctica, tuvieran los profesionales pertenecientes a una u otra actividad.

El legislador, al cumplir la tarea que le es propia, tiene que decidirse finalmente por algún criterio, que debe ser plasmado con suficiente claridad en el momento de configurar la estructura normativa objeto de su competencia.

El juez constitucional, al analizar la norma que determina el ámbito atribuido a una actividad profesional relacionada, complementaria o afín a otra u otras, cuando se trata de materias técnicas o científicas cuyos límites son discutibles inclusive en el medio integrado por quienes las profesan -tal es el caso de optómetras y oftalmólogos, cuyas divergencias en torno al campo de acción de cada una de las profesiones ha quedado patente en la documentación allegada al expediente-, no puede descalificar lo dispuesto por la ley, a la cual corresponde constitucionalmente la competencia al respecto, a no ser que lo consagrado en ella resulte manifiestamente irrazonable o desproporcionado, o que, de por sí, en cuanto al contenido de lo autorizado, ordenado o permitido, lesione principios o mandatos de la Constitución.

Lo dicho acontece no sólo a partir del reconocimiento de que la atribución respectiva ha sido señalada en cabeza del legislador, sino por carecer el juez constitucional de elementos de juicio que le permitan arribar a un criterio técnico o científico exacto, definitivo e infalible en relación con la delimitación precisa que deba haberse plasmado.

Pero, además, salvo los eventos de manifiesta transgresión del Ordenamiento Fundamental, el problema de si una determinada profesión debe o no abarcar ciertas funciones o la prestación de determinados servicios no es susceptible de ser resuelto en términos exclusivamente constitucionales, entre otras razones por la muy poderosa de que la Constitución para nada se ocupa de ello. Es más, con excepción de las expresas referencias que en su texto se hacen a actividades tales como el ejercicio del Derecho o del periodismo (arts. 29, 229 y 75 C.P., respectivamente) -en donde tampoco se crean linderos entre especialidades-, la Carta Política no alude a profesiones u oficios específicos, y deja la materia a la ley.

En cuanto a la medicina y la salud se refiere, la Constitución (art. 49) se limita a disponer que el Estado organice, dirija y reglamente la prestación de los respectivos servicios a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente, que le compete establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.

Entonces, a menos que la Corte se encuentre con una de las extraordinarias hipótesis de contenidos *per se* inconstitucionales, el solo hecho de que el legislador haya optado por uno u otro criterio para demarcar los linderos entre dos o más especialidades en el seno de una profesión, o entre dos profesiones, o entre un oficio y una profesión, no es inconstitucional.

La norma pertinente podría ser tachada de antitécnica, ajena a los desarrollos científicos, o inconveniente, pero no de contraria a la Constitución, si se tiene en cuenta la falta de términos de referencia específicos en ella.

Por tanto, no viola la Carta Política la regla legal que atribuye a los optómetras la prevención y corrección de las enfermedades del ojo y del sistema visual por medio del examen, diagnóstico, tratamiento y manejo que conduzcan a lograr la eficiencia visual y la salud ocular, siempre que tales funciones las cumpla dentro del campo propio de su especialidad, según los criterios científicos y técnicos de universal aceptación.

No se trata, entonces, de que oftalmólogos y optómetras cumplan exactamente el mismo papel. Sus labores son complementarias pero distintas, de acuerdo con una muy extendida delimitación generalmente acogida, y tanto unos como otros, en sus respectivas áreas, pueden concurrir a la prevención y corrección de las enfermedades y defectos visuales; diagnosticar y tratar a los pacientes -sin exceder cada uno los límites que imponen su formación académica y su específica preparación y para los fines concretos que justifican sus actividades-, todo con el propósito de asegurar a aquéllos la eficiencia visual y la salud ocular.

No estima la Corte que, con la norma objeto de estudio, se haya vulnerado el principio de igualdad en perjuicio de los oftalmólogos, ni tampoco el de trabajo que a ellos corresponde constitucionalmente, pues por una parte la Ley impugnada no tiene por objeto la reglamentación de esa actividad y, por otra, del artículo 2 en cuestión no se desprende restricción, limitación o prohibición, para ellos, en cuanto al ejercicio de la oftalmología.

Ya la Corte ha sostenido varias veces que las normas jurídicas sometidas a escrutinio frente a la Constitución no violan los principios ni los preceptos de ésta por razón del uso o aplicación que *a posteriori* se haga de ellas. Una disposición de la ley es inconstitucional sólo si se establece que, en sí misma, considerado su contenido y -en el caso de los vicios de forma- el trámite de su aprobación, riñe objetivamente con la Constitución Política. La desfiguración o desvirtuación de la ley por quienes están llamados a aplicarla, de manera tal que le hagan producir efectos inconstitucionales, no es atribuible a ella misma, ni puede argüirse como razón para retirarla del ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, bajo las precisiones que aquí consagra la Corte y que se reflejarán en la parte resolutiva del fallo, se aviene a la Constitución la norma demandada. El eventual abuso en que pudieran incurrir profesionales de la optometría, al exceder su propio radio de acción para invadir el de los oftalmólogos, prescribiendo o practicando, por ejemplo, tratamientos de carácter netamente oftalmológico, según la delimitación científica de esta especialidad, no es ya asunto propio del control de constitucionalidad en abstracto, sobre la disposición acusada, sino materia librada por la Constitución (art. 26) a la vigilancia y el control de las autoridades administrativas en cuanto al ejercicio de la profesión.

Puede pensarse que el temor del demandante consiste, a ese respecto, en que, al permitirse a los optómetras actuar -aun en el terreno de la optometría- en los campos de la prevención y corrección de padecimientos oculares y el tratamiento y manejo de los mismos, se aumentan las posibilidades de competencia, en contra de quienes vienen ejerciendo la oftalmología. Sobre el particular debe decirse que, si ello fuera así en gracia de discusión -no lo es, en criterio de la Corte-, mientras no se configure la falta de preparación científica y técnica por parte del optómetra -asunto que no puede presumirse por vía general y que, en todo caso, no depende de la norma sino de factores externos a ella, como la calidad e intensidad de los programas académicos que ofrezcan y pongan en ejecución los centros educativos-, la sola idea de la

competencia en determinadas áreas del conocimiento -especialmente las que, en esta materia, de modo extraordinario, pudieran ser objeto simultáneamente de la optometría y de la oftalmología- y en la prestación de los servicios de salud en condiciones que no desmejoren la calidad en perjuicio de los usuarios, sino que por el contrario la estimulen, no choca con la Constitución. Esta la prohíja en las diversas actividades sobre la base insustituible de las responsabilidades que genera.

Pero, a juicio de la Corte, si se tiene en cuenta lo ya expuesto, optómetras y oftalmólogos tienen fijadas sus esferas científicas y técnicas de actividad, y si se tiene en claro que los diagnósticos, cuidados, tratamientos y manejo a cargo de los primeros han de guardar relación con el tipo de trabajo que efectúan -que no se confunde con el de los segundos-, de ninguna manera resultan los unos desplazados profesionalmente por los otros.

En el aspecto de la igualdad, ha sostenido la jurisprudencia que se viola cuando, desde la perspectiva del control abstracto de constitucionalidad, la norma sujeta a examen introduce discriminaciones no justificadas entre situaciones o hipótesis iguales. No es lo que acontece en esta ocasión, toda vez que la norma acusada, además de que regula el ejercicio de una de dos profesiones distintas, que obviamente presentan características disímiles, en modo alguno establece trato diferenciado que favorezca o perjudique a una cierta gama de profesionales -los oftalmólogos- por el hecho de serlo. Aquí no cabe siquiera preguntarse si la distinción es justificada, pues para llegar a ese estadio del análisis sería indispensable que se dieran los presupuestos de identidad de situaciones y de trato discriminatorio respecto de ellas, los cuales, se repite, no se encuentran configurados.

Si bien se aprecian las cosas, la profesionalización legal de la optometría lo que hace es precisamente buscar equilibrio, para reglamentar su ejercicio, cobijando bajo unas determinadas reglas a todos aquellos que han recibido formación académica completa en ese ramo científico.

Tampoco hay violación de ninguna de las garantías consagradas en el artículo 53 de la Constitución, si se observa que el precepto parcialmente acusado no alude a derechos laborales sino que está orientado a definir, con carácter objetivo y general, un campo de actividad profesional que es objeto de reglamentación en las normas de la Ley a la cual pertenece.

Menos todavía se aprecia colisión alguna entre las expresiones demandadas y el derecho de asociación sindical previsto en el artículo 39 de la Carta, en cuanto no es esa la materia de la cual trata.

El aparte que se controvierte será declarado exequible, pues no quebranta mandato constitucional alguno, aunque la exequibilidad -según lo dicho- debe condicionarse, como lo hará la Corte, en el sentido de que los tratamientos que lleven a cabo los optómetras deben estar relacionados directamente con el campo de la optometría y no extenderse al área propia de los oftalmólogos u otros profesionales de la salud, conducta que además se les impone desde el punto de vista ético, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

Las razones que anteceden, directamente relacionadas con el ámbito propio del ejercicio de la optometría, implican que la Corte profiera fallo de constitucionalidad, también condicionado en idéntico sentido al que habrá de preverse sobre lo impugnado del artículo 2, sobre los literales b) y e) del artículo 4 de la Ley demandada.

Tales disposiciones indican que, para todos los efectos legales, se entiende por ejercicio de la optometría la aplicación de conocimientos técnicos y científicos en las actividades de evaluación clínica, tratamiento y control de las alteraciones de la agudeza visual y la visión

binocular; y la aplicación de las técnicas necesarias para el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y rehabilitación de las anomalías de la salud visual.

Por su parte, el literal g), del mismo artículo -que ha sido impugnado parcialmente pero que para efectos de este fallo debe tomarse en su totalidad por constituir una proposición jurídica completa-, si no se circunscribiera al entorno específico, definido en la Ley y en esta Sentencia, que es justamente el de la profesión de la que se trata, sería inconstitucional en su integridad, y no solamente en lo acusado, ya que incluye de manera amplísima e indeterminada, como parte del ejercicio profesional, las posibilidades de diseño, organización, ejecución y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos para la promoción, prevención, asistencia, rehabilitación y readaptación de problemas de la salud visual y ocular.

Su carácter indefinido, que permite colegir una injerencia del optómetra, por el sólo hecho de serlo, en las directrices que trace el Estado con alcance genérico sobre problemas de salud visual y ocular, inclusive mediante su diseño, organización, ejecución y evaluación, no puede ser admitido como exequible. Por lo tanto, se dispondrá que únicamente se aviene a la Constitución Política si la norma se entiende restringida a la esfera interna profesional, sin repercusión forzosa en los planes y programas generales que corresponden a las competentes autoridades públicas.

Igual se hará con los literales h), i) y j), no demandados en su totalidad pero incorporados al proceso por la Sala en razón de su unidad de materia con lo que se viene tratando, los cuales atribuyen al ejercicio de la profesión de optómetra el diseño, organización, ejecución y evaluación de planes, programas y proyectos que permitan establecer los perfiles epidemiológicos de la salud visual u ocular de la población; el diseño, ejecución y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos de investigación conducentes a la generación, adaptación o transferencia de tecnologías que permitan aumentar la cobertura, la atención y el suministro de soluciones para el adecuado control y rehabilitación de la función visual, así como el diseño, dirección, ejecución y evaluación de programas de salud visual en el contexto de la salud ocupacional. El ámbito de tales actividades está delimitado por la profesión misma y ellas, por tanto, deben ejercerse dentro de su marco específico.

4. El ejercicio de la profesión de optómetra

Al decidir la Corte sobre la demanda en relación con el artículo 9 de la Ley 372 de 1997, a cuyo tenor se entiende por ejercicio ilegal de la profesión de optómetra "toda actividad dentro del campo de competencias de la presente Ley por quien no ostenta la calidad de profesional de la optometría y no esté autorizado debidamente para desempeñarse como tal", debe integrar la proposición jurídica completa con otras disposiciones no acusadas pero que, con la transcrita, guardan una inescindible relación de unidad material.

Así ocurre con el artículo 3, que señala los requisitos para ejercer la profesión de la optometría en todo el territorio nacional.

Esta norma dispone que al efecto es necesario cumplir uno de varios requisitos: haber obtenido el respectivo título universitario, otorgado por alguna de las instituciones de tal nivel reconocidas por el Gobierno Nacional; que el profesional haya obtenido su título universitario en países que tengan celebrados o celebren con Colombia tratados o convenios sobre homologación o convalidación de títulos, siempre que los documentos pertinentes estén refrendados por las autoridades colombianas competentes en el país de origen del título correspondiente; que el profesional haya obtenido su título en un establecimiento universi-

tario, de un país que no tenga tratados o convenios de homologación o convalidación de títulos con Colombia y presente ante el Ministerio de Educación los certificados en que consten las materias cursadas y aprobadas y el respectivo título, debidamente autenticados por un funcionario diplomático autorizado para el efecto por el Gobierno de Colombia.

Dispone además que, en el último evento, el Instituto Colombiano para el fomento de la Educación Superior -ICFES- convalide u homologue el título cuando a su juicio el plan de estudios de la Institución sea por lo menos equivalente al de uno de los establecimientos universitarios reconocidos oficialmente en Colombia.

El literal d) del precepto indica que, para cualquiera de los casos anteriores, el optómetra requerirá de la tarjeta profesional expedida de conformidad con el artículo 8 de la Ley.

Estima la Corte que es competencia del legislador, cuando ejerce la atribución prevista en el artículo 26 de la Constitución -allí radica su esencia-, contemplar, además de la exigencia de títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones, las vías o modalidades para su obtención, lo que necesariamente significa expresar las características y requisitos de las instituciones educativas que estén facultadas para su expedición, así como también la manera de acreditar la obtención del título y las calidades del centro docente, nacional o extranjero, que lo confirió.

Resulta, pues, adecuado al sentido constitucional de la exigencia de títulos de idoneidad que la Ley haya consagrado, clasificándolas, las formas aceptadas de obtención del título de optómetra; la necesidad de haber sido reconocido por el Gobierno Nacional el establecimiento que lo confiere, cuando se trata de estudios adelantados en el país; el pre-requisito de sujeción a los tratados o convenios sobre homologación o convalidación, para los casos de estudios cumplidos en países con los cuales ellos se han celebrado, y la refrendación de las autoridades colombianas competentes en el país de origen del título; y, por supuesto, la exigencia de que, a falta de tales convenios o tratados de homologación o convalidación de títulos, no solamente se exhiban ante el Ministerio de Educación los certificados en que consten las materias cursadas y aprobadas y el respectivo título, sino que se proceda a la verificación del plan de estudios por el ICFES, antes de convalidarlo u homologarlo.

Son normas que en nada se oponen al ordenamiento constitucional y serán declaradas exequibles.

Es imperativo que la Corte entre ahora a considerar las reglas legales aplicables a quienes venían ejerciendo la profesión con anterioridad a la Ley y según los mandatos del sistema jurídico precedente.

En la segunda parte del parágrafo del artículo 3 se dice: "Lo anterior no se aplica a los profesionales que a la fecha de la promulgación de la presente Ley ostenten solamente el registro vigente, quienes para obtener la tarjeta profesional, deberán acreditar la nivelación correspondiente".

Las disposiciones anteriores estaban contenidas en el Decreto 825 de 1954, que establecía determinados requisitos para ejercer la profesión, en los siguientes términos:

> "Artículo Segundo. A partir de la vigencia del presente Decreto, sólo podrán ejercer la optometría dentro de la República de Colombia:
>
> a) Los que hayan adquirido o adquieran el título de optómetras, expedido por alguna de las facultades oficialmente reconocidas que funcionen en el país, que esté registrado en el Ministerio de Educación Nacional y refrendado en el Consejo Nacional de Práctica Profesional;

b) Los colombianos graduados en el exterior en una facultad o instituto de reconocida competencia, lo que será calificado por el Consejo Nacional de Práctica Profesional;

c) Los nacionales o extranjeros que hayan obtenido o que obtengan su diploma en una facultad perteneciente a país con el cual Colombia tenga celebrados Tratados o Convenios sobre intercambio de títulos profesionales, en los términos de dichos Tratados o Convenios;

d) Los extranjeros graduados en facultades de países que no tengan Tratados con Colombia, siempre que presenten en la capital de la República ante un Jurado de examinadores, nombrado por la Federación Colombiana de Optómetras Graduados, un examen que será reglamentado por Resolución del Ministerio de Salud Pública, y

e) Tener licencia legalmente expedida por la extinguida Junta Central de Títulos Médicos u obtenerla del Consejo Nacional de Práctica Profesional.

Artículo Tercero. Para que el Consejo Nacional de Práctica Profesional, pueda conceder licencias para el ejercicio de la optometría, se requiere que los interesados satisfagan los siguientes requisitos:

1. Que sean mayores de edad.

2. Que presenten certificado de la primera autoridad política en donde han ejercicio, en que conste la circunstancia de haberlo hecho con honorabilidad y competencia, por un período no menor de diez (10) años contados hacia atrás de la vigencia del presente Decreto, y

3. Que hayan aprobado un examen que se verificará ante un Jurado integrado por un oculista y dos optómetras graduados, designados por el Departamento Nacional de Salubridad. El examen deberá hacerse sobre óptica práctica, teórica y fisiológica, en optometría práctica y teórica, en anatomía y fisiología del ojo, mientras sea aplicada en optometría.

(...)

Artículo Décimo. Es prohibido a todo individuo nacional o extranjero que no tenga los correspondientes títulos o licencias de que trata el presente Decreto, anunciarse como optómetra, en periódicos, carteles murales, hojas sueltas, etc.

(...)

Artículo Doce. La licencia concedida a un individuo para ejercer la optometría puede ser cancelada por el Consejo Nacional de Práctica Profesional, cuando se establezca sumariamente que su poseedor ha ejecutado actos contra la ética profesional o se ha extralimitado en el ejercicio de la profesión.

(...)

Artículo Quince. Los títulos y licencias legalmente expedidos para el ejercicio de la optometría deberán ser registrados en la Dirección Departamental, Intendencial o Comisarial de Higiene, respectiva, en donde se llevará un libro especial para este fin. Sin estos requisitos ninguna autoridad permitirá el ejercicio de tal profesión. Concédese un plazo improrrogable de tres (3) meses, a partir de la vigencia del presente Decreto, para la inscripción de todos los títulos de optometría en el territorio de la República y un plazo de treinta (30) días, para aquellos profesionales que, llegados a una localidad, comenzaren por primera vez a ejercer la profesión en ella".

La nueva normatividad, con miras a acreditar la idoneidad profesional del optómetra, hace necesaria para el ejercicio correspondiente y por regla general, a partir de su vigencia, la tarjeta profesional. Esta debe ser expedida por el Consejo Técnico Nacional Profesional de la Optometría (art. 8, literal b), de la Ley 372 de 1997).

Como se ha visto, el parágrafo del artículo 3 *ibidem* estatuye que, sin embargo, lo establecido en dicho precepto no se aplica a los profesionales que a la fecha de promulgación de la Ley ostentaban solamente el registro que contemplaba el artículo 15 del Decreto 825 de 1954, quienes para obtener la tarjeta profesional, deberán acreditar la nivelación correspondiente.

Ello es lógico y se sujeta a los propósitos de garantizar la idoneidad profesional que inspiran el artículo 26 de la Constitución Política, que en últimas persigue la protección de quienes hayan de acudir a los servicios ofrecidos por los profesionales. En materia de salud el legislador debe asegurar que el nivel de preparación académico y científico de quienes participen en procesos clínicos con incidencia en ella, desde los más sencillos hasta los de mayor complejidad, gocen de conocimientos actualizados y completos sobre el área objeto de su actividad, de manera que al actuar no pongan en peligro la integridad personal ni la vida de los pacientes.

En ese orden de ideas, si una ley nueva amplía las posibilidades de acción, en aspectos técnicos o científicos, para un sector profesional, permitiéndole abarcar asuntos que antes le estaban vedados, es apenas natural que el legislador tome la precaución de exigir a quienes cumplían requisitos ajustados a la normatividad precedente que actualicen y nivelen su preparación, para poder prestar los servicios correspondientes en la misma forma y con el mismo alcance en que lo hacen los nuevos profesionales, cuyos estudios universitarios incluyen ya el mayor campo de acción.

No cabe duda a la Corte en el sentido de que, aunque no se invada la órbita funcional de los oftalmólogos o de otros profesionales -interpretación con base en la cual se condicionará la exequibilidad del artículo 2 demandado-, el grado de formación académica de los optómetras que hayan de graduarse bajo la vigencia de la Ley 372 de 1997 tiene que ser forzosamente mayor, para adecuarlo al nuevo enfoque, más amplio, de las funciones que pueden cumplir.

En efecto, mientras el artículo 1 del Decreto 825 de 1954 entendía la optometría únicamente como "la determinación y mensuración científica de los defectos de refracción, acomodación y motilidad del ojo humano", e incorporaba el ensayo, prescripción y adaptación de lentes que corrigen tales defectos y el acondicionamiento de lentes de contacto, de prótesis oculares y la práctica de ejercicios ortópticos sin el uso de drogas, medicina o intervención quirúrgica, el artículo 2 de la Ley 372 de 1997, señala que, para los fines de la misma, la optometría es una profesión de la salud que requiere título de idoneidad universitario, basada en una formación científica, técnica y humanística, cuya actividad incluye "acciones de prevención y corrección de las enfermedades del ojo y del sistema visual por medio del examen, diagnóstico, tratamiento y manejo que conduzcan a lograr la eficiencia visual y la salud ocular, así como el reconocimiento y diagnóstico de las manifestaciones sistémicas que tienen relación con el ojo y que permiten preservar y mejorar la calidad de vida del individuo y la comunidad".

Entonces, el inciso 2 del parágrafo contenido en el artículo 3 de la Ley 372 de 1997 es constitucional, en el entendido de que, como para los optómetras se han sucedido en el tiempo dos regímenes legales y éstos admiten formaciones académicas distintas, los del anterior (Decreto 825 de 1954) no pueden prestar servicios de aquéllos que resultan de la nueva definición legal, a menos que obtengan la nivelación correspondiente. Si no lo hacen, están

sometidos a las restricciones originales, lo cual se desprende necesariamente del imperativo constitucional de proteger la salud de los pacientes que a ellos se confíen.

Son constitucionales igualmente, en esos términos, las reglas del artículo 9 demandado, que señala como ilegal el ejercicio de la profesión de optómetra que se realice por quienes no se ubiquen en las exigencias legales aludidas, cumpliéndolas a cabalidad e íntegramente.

Claro está, dicha norma se aplica exclusivamente al terreno de la optometría y para nada afecta a los oftalmólogos, quienes se rigen por las normas en vigor correspondientes y por la cobertura inherente a su formación profesional.

La primera parte del parágrafo del artículo 8, que no fue objeto de demanda, establece, en necesaria vinculación con el cambio de régimen en referencia, que "el requisito de tarjeta profesional no regirá para los integrantes del primer consejo, mientras dura la organización y trámite correspondientes".

Es una norma transitoria perfectamente explicable y razonable, si se tiene en cuenta que es precisamente el Consejo el que habrá de expedir las tarjetas profesionales. Es, sin duda, exequible, pues la indicada previsión en nada riñe con la Carta Política.

La Corte, en cambio, no integrará a la unidad de materia y por lo tanto, no fallará sobre la constitucionalidad de la segunda parte del transcrito parágrafo, por cuanto su contenido es ajeno a la proposición jurídica completa que ha sido integrada en este estrado.

5. Inconstitucionalidad de la autorización al Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría para establecer y reglamentar medicamentos. La potestad reglamentaria del Presidente de la República. Invasión de la órbita propia del Ministro de Salud

Ha sido demandada la primera parte del parágrafo del artículo 3 de la Ley 372 de 1997, según la cual "los optómetras que obtengan la tarjeta profesional están autorizados para utilizar los medicamentos que el Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría establezca y reglamente de acuerdo con el artículo 8 de la presente Ley".

Tal Consejo, creado por el artículo 6 del mismo Ordenamiento, es un "organismo de carácter técnico permanente, cuyas funciones serán de consulta y asesoría del Gobierno Nacional".

De acuerdo con el artículo 7 *ibidem*, está integrado dicho cuerpo técnico por el Ministro de Salud o su delegado; por el Ministro de Educación o su delegado; por dos representantes de las entidades docentes oficialmente reconocidas, designados por la Asociación Colombiana de Facultades de Optometría; por dos representantes de las asociaciones de profesionales de la optometría; y por un representante de la Asociación de Usuarios de los Servicios de Salud.

Entre las funciones del aludido Consejo, el artículo 8 de la Ley señala la de asesorar al Ministerio de Salud en el diseño de planes, programas, políticas o actividades relacionadas con la salud visual -literal f)- y la de establecer y reglamentar los medicamentos que el optómetra puede utilizar en su ejercicio profesional -literal g)-.

Dada la relación inescindible existente entre las disposiciones en cita, la Corte estima necesario integrar la proposición jurídica completa y, aunque no todas están demandadas o lo han sido apenas parcialmente, se resolverá de fondo acerca de la constitucionalidad de todas ellas.

Para efectos del análisis constitucional, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

-La potestad de reglamentar las leyes corresponde al Presidente de la República, según lo estatuido en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, que le ordena expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para su cumplida ejecución.

Por tanto, la reglamentación de la Ley 372 de 1997 respecto a la utilización de medicamentos por los optómetras no puede confiarse a un consejo de carácter técnico, aunque tengan asiento en él, los ministros de Salud y Educación, pues la norma que así lo disponga invade necesariamente la órbita de competencias constitucionales del Presidente de la República.

-En cuanto a la función de establecer cuáles medicamentos pueden ser utilizados por los optómetras y cuáles no, tampoco corresponde al Consejo en mención. Hacer tal señalamiento implica trazar parte bien importante de la política gubernamental, establecer disposiciones generales a nivel nacional, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley en materia de salud pública. Y es claro que, según el artículo 208 de la Constitución Política, todas esas funciones corresponden a los ministros y directores de departamentos administrativos, en su calidad constitucional de jefes de la administración en sus respectivas dependencias. En esta materia, entonces, no puede ser sustituido el Ministro de Salud por un cuerpo asesor como el contemplado en los artículos bajo examen.

-Por otra parte, lo relativo al suministro de medicamentos repercute necesariamente en la salud de los habitantes en general y no solamente tiene importancia para los profesionales de una determinada especialidad.

El tema de la salud es de interés público, como resulta del artículo 49 de la Carta Política. Cuidarla y atenderla oportuna y eficientemente, controlando el tipo de medicamentos que se ofrecen, suministran o aplican a los miembros de la colectividad, es responsabilidad primordial del Estado. La preservación de la salud a través de la actividad pública de vigilancia sobre quienes de una u otra forma pueden afectar la vida de las personas -y ello resulta evidente en el caso de las medicinas- es una de las más importantes formas de cumplir con la responsabilidad constitucional de protección confiada a las autoridades (arts. 2 y 49 C.P.).

De allí se deduce que no puede ser un consejo asesor, aunque tenga entre sus miembros a dos ministros del Despacho, el encargado de definir cuáles son los medicamentos que pueden circular dentro del territorio, menos todavía si en tal cuerpo, como se verá en el caso presente, sólo participan profesionales de un cierto ramo, con exclusión de otros, también interesados en la misma área de salud propia de aquéllos.

El parágrafo del artículo 3 de la Ley, acusado en este proceso, es, por lo dicho, inconstitucional en su primera parte. También lo es el literal g) del artículo 8 *ibidem*, que contempla como una de las funciones del Consejo Técnico Nacional Profesional de la Optometría la de "establecer y reglamentar los medicamentos que el optómetra puede utilizar en su ejercicio profesional" Serán declarados inexequibles.

-La creación del Consejo Técnico Nacional de Optometría, como organismo de carácter técnico permanente, con funciones de consulta y asesoría del Gobierno Nacional, siempre que éstas se refieran a asuntos específicamente profesionales -es decir, los que de modo directo interesen a los optómetras-, no viola la Constitución. Su establecimiento hace parte de la atribución legislativa de reglamentar las profesiones y de crear los mecanismos propicios para la vigilancia sobre su ejercicio.

El artículo 6, bajo tales condiciones, será declarado exequible.

-La integración del Consejo, prevista en el artículo 7, la forma y oportunidad de la designación de sus miembros y las reglas específicas sobre representación, en su seno, de los usuarios de la salud y de los profesionales de la optometría, tampoco vulneran el orden constitucional. Se trata de normas inherentes a la organización del ente orientador de una determinada profesión cuando ésta se reglamenta legalmente.

-Por las razones expuestas, los literales a), b), c) d) y e) del artículo 8, parcialmente demandados pero examinados por la Corte en su conjunto por razón de la unidad de materia, se avienen a la Constitución.

En efecto, en ellos se señalan funciones del Consejo Técnico Nacional Profesional de la Optometría con repercusión exclusiva en el ámbito interno de la profesión misma: dictar su propio reglamento; organizar su secretaría ejecutiva; fijar sus normas de financiación; expedir las tarjetas profesionales de quienes llenen los requisitos legales para ejercer la actividad y llevar el registro correspondiente; fijar el valor de los derechos de expedición de la tarjeta profesional; colaborar con las autoridades universitarias y profesionales en el estudio y establecimiento de los requisitos académicos y plan de estudios con el fin de lograr una óptima educación y formación de profesionales en el ramo; cooperar con las asociaciones y sociedades gremiales, científicas y profesionales de la optometría en el estímulo y desarrollo de la profesión y el continuo mejoramiento de lo que la norma llama "la utilización" de los optómetras.

En el punto específico de la atribución otorgada al Consejo para expedir las tarjetas profesionales, la Corte no acoge el concepto del Procurador General de la Nación, que deriva su validez de la figura denominada "descentralización por colaboración", pues aunque sería la fórmula jurídica aplicable si se pudiera afirmar que el Consejo en cuestión está integrado sólo por particulares y que tiene carácter privado, es lo cierto que su composición y funciones muestran a las claras que goza de carácter público. Es el Estado, por medio de él, aunque con participación de los particulares que en su seno actúan, el que otorga las tarjetas profesionales previstas en la Ley y lleva el registro correspondiente.

A la inversa, desbordan los límites de lo constitucionalmente permisible para una ley de esta índole los literales f), g) y h).

Ya se explicó que el literal g), según el cual dicho Consejo tiene por función establecer y reglamentar medicamentos, se opone a la Constitución.

El literal f), por su parte, le confía la calidad de cuerpo asesor del Ministerio de Salud, no ya en aspectos referidos a la profesión de la optometría -lo que, se repite, sería aceptable- sino en lo atinente al "diseño de planes, programas, políticas o actividades relacionadas con la salud visual" (subraya la Corte).

La salud visual, como es bien conocido, no sólo depende de la optometría. A su conservación se orientan también -y de manera decisiva- las funciones propias de los oftalmólogos, las de los médicos generales y aun las de facultativos de otras especialidades respecto de padecimientos orgánicos o funcionales de diverso origen que pueden incidir en el sentido de la vista. Las políticas al respecto, los planes generales para su preservación, los programas y campañas de carácter preventivo o profiláctico, la fijación de las reglas generales aplicables a centros médicos u hospitalarios, entre otras materias, competen al Gobierno y específicamente a aquél de los ministros a quien se ha confiado la cartera de salud (art. 208 C.P.). Y, si bien él puede y debe contar con asesoría científica, ésta no debe provenir de manera exclusiva de los profesionales pertenecientes a determinada especialidad o disciplina. Por ello, no es compatible

con la Constitución que el Consejo del cual ahora nos ocupamos, aun a pesar de su naturaleza y de la función pública que se le encomienda, concentre la función de asesoría al Ejecutivo en tales materias, cuando en su composición no están representados los oftalmólogos ni otros profesionales también dotados de autoridad, en razón de su quehacer, para contribuir a la preservación de la salud visual.

El literal h) del artículo en estudio es igualmente inconstitucional, en cuanto implica una delegación de la función legislativa en los reglamentos del Consejo.

La Corte, en ese punto, debe reiterar:

> "La función legislativa -salvo la expresa y excepcional posibilidad de otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República (artículo 150, numeral 10, C.P.)- no puede ser entregada por el Congreso al Gobierno y menos todavía a otros organismos del Estado, así gocen de autonomía, ya que ésta únicamente es comprensible en nuestro sistema jurídico bajo el criterio de que se ejerce con arreglo a la ley.
>
> Entonces, si el Congreso se desprende de la función que le es propia y la traspasa a otra rama del poder público, o a uno de sus órganos, viola el artículo 113 de la Constitución, que consagra, sin perjuicio de la colaboración armónica, la separación de funciones. Una norma que contravenga este principio despoja a las disposiciones legales de su estabilidad y les resta jerarquía" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-564 del 30 de noviembre de 1995. M.P.: Doctor José Gregorio Hernández Galindo).

-No menos inconstitucional es el parágrafo transitorio del artículo 8, objeto de proceso, que encomienda al Consejo Técnico Nacional de Optometría la atribución, del exclusivo resorte del legislador, de expedir el Código de Etica Optométrica.

La Constitución Política, en su artículo 150, numeral 2, señala en cabeza del Congreso la responsabilidad y la competencia de expedir códigos "en todos los ramos de la legislación" y reformar sus disposiciones.

Más aun, inclusive el Presidente de la República, quien puede ser facultado extraordinariamente por el Congreso para expedir decretos con fuerza material legislativa, tiene expresamente prohibida la expedición de códigos (art. 150, numeral 10, C.P.).

Con mayor razón está excluido de la indicada función un consejo de naturaleza consultiva como el previsto en la normatividad acusada.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del Procurador General de la Nación y adelantados los trámites que exige el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declárase **EXEQUIBLE** la Ley 372 de 1997, "Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de optometría en Colombia y se dictan otras disposiciones", únicamente en cuanto su aprobación no requería del trámite de ley estatutaria.

Segundo. Decláranse **EXEQUIBLES** las expresiones "prevención y corrección de las enfermedades del ojo y del sistema visual por medio del examen, diagnóstico, tratamiento y manejo que conduzcan a lograr la eficiencia visual y la salud ocular, así como el...", pertenecientes al artículo 2 de la Ley 372 de 1997, en el entendido de que tales acciones de los

optómetras sólo están autorizadas en lo relativo al campo de su especialidad profesional, sin que puedan interferir ni duplicar las funciones propias de otras especialidades.

Tercero. Decláranse **EXEQUIBLES** el encabezamiento y los literales a), b), c) y d) del artículo 3 de la Ley 372 de 1997.

Cuarto. Declárase **INEXEQUIBLE** el inciso primero del parágrafo del artículo 3 de la Ley 372 de 1997, que dice:

> "PARAGRAFO. Los optómetras que obtengan la tarjeta profesional están autorizados para utilizar los medicamentos que el Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría establezca y reglamente de acuerdo con el artículo 8 de la presente Ley"

Quinto. Declárase **EXEQUIBLE** el inciso segundo del parágrafo del artículo 3 de la Ley 372 de 1997, que dice:

> "Lo anterior no se aplica a los profesionales que a la fecha de promulgación de la presente Ley ostenten solamente el registro profesional vigente, quienes para obtener la tarjeta profesional, deberán acreditar la nivelación correspondiente".

Es entendido que esta norma guarda relación con los requisitos que el artículo 3 de la Ley exige para ejercer la profesión de optómetra, y no con el acápite declarado inexequible.

Sexto. Decláranse **EXEQUIBLES** los literales b) y e) del artículo 4 de la Ley 372 de 1997, bajo la condición de que el ejercicio de las actividades de los optómetras en tales aspectos están restringidas al campo de su especialidad profesional, sin que puedan interferir ni duplicar las funciones propias de otras especialidades.

Séptimo. Decláranse **EXEQUIBLES** los literales g), h), i) y j) del artículo 4 de la Ley 372 de 1997, bajo la condición de que las actividades en ellos previstas únicamente repercutan en aspectos profesionales internos, sin forzosa incidencia en la fijación de políticas y directrices que constitucionalmente correspondan al Gobierno y en general a las autoridades públicas competentes.

Octavo. Declárase **EXEQUIBLE** el artículo 6 de la Ley 372 de 1997, en el entendido de que la consulta y asesoría que el Consejo Técnico Nacional de Optometría presta al Gobierno Nacional se refiere exclusivamente a asuntos profesionales que de modo directo interesen a los optómetras.

Noveno. Declárase **EXEQUIBLE** el artículo 7 de la Ley 372 de 1997.

Décimo. Decláranse **EXEQUIBLES** los literales a), b), c), d) y e) del artículo 8 de la Ley 372 de 1997.

Décimo primero. Decláranse **INEXEQUIBLES** los literales f), g) y h) del artículo 8 de la Ley 372 de 1997, así como su parágrafo transitorio, que dice:

> "PARAGRAFO TRANSITORIO. El Consejo Técnico Nacional de Optometría expedirá, en un lapso de tiempo no mayor de seis (6) meses su posesión (sic), el Código de Ética Optométrica".

Décimo segundo. Declárase **EXEQUIBLE** la primera parte del parágrafo del artículo 8 de la Ley 372 de 1997, que dice:

> *"PARAGRAFO. El requisito de tarjeta profesional no regirá para los integrantes del primer consejo, mientras dura la organización y trámite correspondiente.*

Décimo tercero. Declárase **EXEQUIBLE** el artículo 9 de la Ley 372 de 1997, en el entendido de que los optómetras que se encontraban registrados a la luz de las disposiciones anteriores, si no se someten al cumplimiento de los requisitos previstos en la mencionada Ley para obtener nivelación, no pueden ampliar su radio de acción profesional a los campos permitidos por el nuevo régimen.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

–Con salvamento de voto–

ANTONIO BARRERA CARBONELL Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

–Con salvamento de voto–

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

–Con salvamento de voto–

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDROMARTINEZCABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-251
mayo 26 de 1998

LEY DE OPTOMETRIA-Trámite como ley estatutaria (Salvamento de voto)

Considero que la Ley 372 de 1997 ha debido tramitarse como ley estatutaria. La Corte, a mi juicio, persiste en el error conceptual de reservar la Ley Estatutaria para remitir a ella sólo las regulaciones que "afecten" el núcleo esencial de los derechos fundamentales, tal y como se asevera repetidamente en la sentencia. En realidad, el núcleo esencial de un derecho lo es porque resulta "inafectable". Entonces, si esa es la materia propia de la Ley Estatutaria, esta garantía de los derechos fundamentales, nunca podrá operar.

Magistrados Ponentes: Doctores JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Con el acostumbrado respeto, me permito exponer los motivos por las cuales me aparto de la decisión mayoritaria en el proceso de la referencia. Considero que la Ley 372 de 1997 ha debido tramitarse como Ley Estatutaria. La Corte, a mi juicio, persiste en el error conceptual de reservar la Ley Estatutaria para remitir a ella sólo las regulaciones que "afecten" el núcleo esencial de los derechos fundamentales, tal y como se asevera repetidamente en la sentencia. En realidad, el núcleo esencial de un derecho lo es porque resulta "inafectable" Entonces, si esa es la materia propia de la Ley Estatutaria, esta garantía de los derechos fundamentales, nunca podrá operar.

Las razones que justifican mi posición se encuentran en la ponencia que presenté a la Sala Plena de la Corporación y que no fue acogida por la mayoría, la cual transcribo a continuación.

> "2. Según el demandante la ley demandada se ocupa de materias de índole esencial y estructural, referentes a la libertad de profesión y oficio que, por tener dicho carácter, han debido contenerse en una Ley Estatutaria". En este sentido estima que integra el núcleo esencial de la libertad de profesión y oficio "el derecho de los pacientes a no ser sometidos a riesgos sociales en materia ocular, el derecho de los médicos oftalmólogos a no ver invadida su profesión y así poder ejercerla, el deber de los optómetras a no excederse en la prevención y corrección de las enfermedades del ojo y el deber del Estado de facilitar el ejercicio de la profesión del médico oftalmólogo a intervenir la profesión del optómetra que representa un riesgo social"
>
> La enunciación de derechos y deberes fundamentales que hace el actor es una consecuencia de la tesis central que constituye el eje de la demanda, la cual podría formularse sintéticamente, así: 1. La profesión de la medicina y cirugía, en particular, la especialidad de la oftalmología, tiene por objeto la prevención, tratamiento y curación de las

patologías que afecten el sistema visual (Ley 14 de 1962); 2. La profesión de la optometría se restringe a la medición, tratamiento y corrección externa de los defectos refractivos del ojo; 3. El ejercicio de la medicina y cirugía es exclusivo de los médicos titulados; 4. La superposición parcial del objeto de la profesión de la optometría al de la medicina y cirugía, en cuanto que el radio de acción de la primera se extendió a las enfermedades visuales, viola el principio de exclusividad.

Es importante anotar que la tesis expuesta no se sustenta directamente en premisas constitucionales, sino en afirmaciones del actor que, a su turno, encuentran asidero en la ley y en juicios de orden práctico. En efecto, el primero y el tercer asertos derivan de la ley que regula la medicina. El segundo, se refiere a una apreciación subjetiva del actor compartida por muchos médicos que, sin embargo, en el momento, sólo limitadamente recoge la ley demandada que, como ya se ha observado, amplió el campo tradicional de la optometría. Finalmente, la cuarta aseveración, aunque admite una matización -el artículo 5o de la ley excluye del ejercicio de la optometría "los tratamientos quirúrgicos convencionales y con rayos láser y demás procedimientos invasivos"-, se apoya en la citada ley que, ciertamente, comprende dentro de la optometría las "acciones de prevención y corrección de las enfermedades del ojo y del sistema visual por medio del examen diagnóstico, tratamiento y manejo que conduzcan a lograr la eficiencia visual y la salud ocular", lo cual se determina a expensas de la exclusividad de la práctica de la medicina.

En el plano constitucional la idea central del demandante debería prohijarse sólo en el caso de que la Carta asignara a la medicina una esfera de acción exclusiva, no compartida, por lo menos en lo relativo a la salud visual, por ninguna otra profesión. Sin embargo, la adscripción de este atributo no se deduce de la Constitución que, lejos de regular la materia, asigna al legislador la función de exigir títulos de idoneidad. Si bien la decisión sobre la extensión de la exclusividad de una determinada actividad profesional, se libra a la ley, ésta en modo alguno es enteramente libre, ya que en esta materia no puede arbitrariamente operar inclusiones o exclusiones sin afectar la libertad de profesión u oficio. Sentada esta reserva, se impone aceptar que la extensión de la cláusula de exclusividad de una determinada profesión, será la que fije la ley. En otras palabras, en la Constitución no se puede encontrar el perímetro dentro del cual se enmarca cada profesión u oficio. Este es un asunto que se confía a la ley.

Descartada la hipótesis de que sea la misma Constitución, la que haya dispuesto la pretendida exclusividad de la profesión médica en todos los menesteres atinentes a la salud, se concluye que su consagración o no y el alcance que pueda darse a ésta, se resuelve en el nivel puramente legal. Si esto es así, la deducción de derechos y deberes hecha por el demandante -basada en la supuesta invasión del dominio perteneciente a la profesión médica, que reputa ilegítima y a la que responsabiliza de las siguientes violaciones: del derecho del paciente a no ser expuesto a riesgos en materia de salud ocular; del derecho del médico a ejercer con prescindencia de otros su profesión; del deber del optómetra a no excederse en la prevención y corrección de las enfermedades del ojo; del deber del Estado de intervenir la profesión del optómetra que representa un riesgo social-, se edifica a partir del elenco de funciones que la ley previamente había atribuido a la practica médica y que, ahora, parcialmente la nueva ley extiende también a la optometría. El actor concede a la primera fijación de competencias médicas hecha por la Ley 14 de 1962 carácter intangible y, por consiguiente, considera

que la aludida superposición parcial dispuesta por la Ley 372 de 1997, al erosionar en cierta medida el monopolio de la ciencia médica, da lugar a la múltiple lesión de derechos y deberes que se acaba de mencionar.

Como quiera que el reparto de acciones que se distribuyen entre una y otra profesión, lo mismo que la enunciación de las que pueden ser comunes a ambas, corresponde a una determinación que se origina en la ley -que igualmente, en principio, ella puede modificar-, la tesis del actor estaría destinada a perder toda plausibilidad constitucional, a menos, desde luego, que esta última violara una norma constitucional. Sin embargo, debe quedar claro que la mera redistribución de campos de acción predicables de dos profesiones que mantienen en cierta medida vínculos de afinidad y de complementariedad, no comporta violación de norma constitucional alguna. Como se pondrá de presente más adelante, la razón de ser de la libertad de profesión u oficio, pretende ante todo reservar al individuo la decisión sobre la actividad vital que signará su destino. Este derecho no se consagró para defender los ámbitos de las distintas profesiones u oficios, máxime si se recuerda que contra una versión extrema de su organización se reaccionó tempranamente en las declaraciones de derechos.

Se trata en este caso del ajuste que el legislador realiza cada vez que considera conveniente innovar el ordenamiento jurídico motivado por las circunstancias sociales y técnicas que por definición son cambiantes y exigen variadas respuestas por parte del derecho positivo. Equivocadamente el demandante se vale de una definición legal sobre el ámbito de una profesión para con base en ella erigir derechos y deberes, a los que inopinadamente les concede naturaleza constitucional, ignorando que por tener ellos origen legal se mueven en otra dimensión jurídica y se sujetan a sus vicisitudes.

3. Aunque la Corte, por los motivos expuestos, desecha el argumento del demandante sobre la naturaleza constitucional de los derechos y deberes que identifica, los cuales en cambio se ha demostrado corresponden a una elaboración conceptual fundada en la ley, debe proseguir en el examen constitucional y establecer, en primer término, si la ley acusada debió expedirse como Ley Estatutaria en vista de que su cometido y su contenido no es otro distinto que el de "reglamentar la profesión de optometría".

La Corte Constitucional, en aras de la preservación del principio mayoritario, tan caro a la vida democrática, y, además con el fin de evitar la petrificación de la legislación, ha sostenido que sólo en tratándose de la regulación que tenga carácter estructural y esencial, se impone la exigencia de que la materia de los derechos y deberes fundamentales sea objeto de Leyes Estatutarias. Es evidente que la precisión ulterior sobre qué es estructural y qué es esencial sólo puede resolverse en relación con cada derecho en particular. A este respecto debe tomarse en cuenta tanto el objeto mismo del derecho como la función práctica que representa para su titular. Igualmente, sin perjuicio de mantener las salvaguardas constituidas por el núcleo esencial y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad aplicables a toda suerte de restricciones que afecten a los derechos, la mayor intensidad o injerencia de la medida legal respecto de las facultades, posiciones, pretensiones, estatus, e intereses comprendidos dentro del ámbito del derecho, puede traducirse en la necesidad de que su adopción deba hacerse a través de una Ley Estatutaria.

En realidad, el trámite de la Ley Estatutaria sólo tiene sentido como garantía adicional de los derechos y deberes fundamentales. La Corte en esta oportunidad reitera su

doctrina sobre el alcance restringido de las Leyes Estatutarias; no obstante precisa que cuando se dan los presupuestos indicados la regulación respectiva debe surtir el trámite respectivo, so pena de que se viole la Constitución, pues en este caso su cumplimiento no es en modo alguno optativo. La materia de la Ley Estatutaria, por guardar una relación íntima con los elementos esenciales que conforman los derechos y deberes fundamentales, confina con las disposiciones constitucionales, hasta el punto de que sin adquirir su jerarquía sí se precisa del órgano legislativo un consenso mayor para su adopción, a lo cual se adiciona la revisión integral de su constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, lo que representa tanto una garantía de los ciudadanos -destinatarios de sus mandatos, como una seguridad sobre la válidez constitucional de los preceptos que, respetando el marco constitucional, desarrollan y modulan las libertades básicas y los principios superiores de todo el ordenamiento.

4. La libertad de profesión u oficio acota una parcela de la libertad muy significativa para el individuo y la sociedad. La opción sobre la actividad concreta a la cual la persona dedicará sus esfuerzos y su tiempo útil, compromete en alto grado su plan de vida. Se comprende que la Constitución haya querido que esa decisión trascendental se reserve de manera radical al sujeto sobre cuya existencia y desarrollo personal gravitará y tendrá consecuencias manifiestas, particularmente en lo que concierne a la satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales. El concepto de elección no interferida por el Estado y los demás, ciertamente pertenece al ámbito más interno de este derecho. Consecuentemente, las regulaciones que afecten este ámbito del derecho se sujetarán necesariamente a un escrutinio severo por parte de la Corte Constitucional, debiendo reputarse inconstitucionales *ab initio* las restricciones que anulen o desvirtúen la instancia única e irrebasable de la persona como sede soberana de las decisiones sobre la escogencia concreta de la profesión u oficio.

La libertad de profesión u oficio, no se reduce a una opción de conciencia, sino que se proyecta en el mundo exterior bajo la forma de un quehacer específico que tiene tanto un valor personal como social. El desempeño de la profesión o del oficio se realiza en la sociedad y allí cumple una función importante como medio de satisfacción de necesidades sociales. Si se limitase el derecho mencionado al momento de escogencia de la profesión o del oficio, sin comprender su ejercicio, se le restaría todo interés y sentido a la opción individual. La Corte, por lo tanto, considera que el ejercicio libre de la profesión o del oficio se vincula igualmente al ámbito esencial del derecho analizado.

Sin embargo, este elemento del derecho -libertad de ejercicio de la profesión o del oficio escogidos-, se sujeta a variadas restricciones por parte de la ley que debe armonizar la libertad del sujeto y las exigencias que supone la proyección comunitaria de su ejercicio. La Constitución autoriza expresamente al legislador a establecer restricciones y a regular las profesiones u oficios, en aspectos tales como los siguientes: 1. Títulos de idoneidad; 2. Inspección y vigilancia; 3. Formación académica; 4. Colegios profesionales. Puede concluirse que sobre lo referente al ejercicio de las profesiones u oficios, el espacio reservado a la ley es significativamente mayor, pues, ella debe conjugar y armonizar debidamente el despliegue de esta libertad individual con las exigencias que se deben tomar en cuenta de modo que no se afecte negativamente el interés general. Sobre este aspecto del derecho analizado, la intensidad del escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad que llevará a cabo la Corte, variará de acuerdo con el alcance de las restricciones

legales que se establezcan al libre ejercicio de las profesiones u oficios, siendo más estricto cuando la norma legal reduzca o limite en mayor medida el derecho.

5. Independientemente del tipo de test que deba la Corte emplear para analizar las restricciones objetivas y subjetivas que la ley demanda establece respecto de la libertad de profesión -en este caso referida a la optometría-, debe primero resolver si la forma de la ley ha debido ser la indicada en el artículo 152 de la C.P., a cuyo tenor, "mediante las Leyes Estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:a) derechos y deberes fundamentales de las personas y recursos para su protección".

La exigencia de una tarjeta profesional o título de idoneidad como condición para el ejercicio de una determinada profesión, constituye una de las más incisivas restricciones que puede la ley oponer al libre ejercicio de una actividad. Difícilmente puede sostenerse que la consagración de este requisito, corresponda a una mera regulación de detalle o que no tenga relación con un elemento estructural y esencial de la libertad de profesión u oficio: si no se obtiene la respectiva tarjeta o título se impide legalmente el ejercicio de la profesión escogida y, de otra parte, la selección de esta última se concreta en la adopción de un determinado esquema formativo, entre otros posibles. De este modo, la materia de la regulación legal resulta decisiva tanto para la decisión sobre la profesión a escoger como sobre su ejercicio efectivo.

De otro lado, el grueso de los poderes de intervención del Estado en el campo de una específica profesión suele articularse a partir de un requisito de esta índole, al cual se asocian disposiciones sobre los contenidos de los programas de formación académica, y demarcaciones normativas sobre el objeto mismo de las distintas profesiones y oficios. Sobra relievar la importancia que reviste para el derecho, la tarea de delimitación positiva y negativa que lleva a cabo la ley. La definición del ámbito de una profesión u oficio, traduce en la realidad las acciones que resultan cobijadas por la libertad de profesión y oficio, y aquellas que se excluyen de la misma. Aunque en este punto -sobre el cual se centra la demanda- el margen de libre configuración normativa del legislador es amplio, ya que a él incumbe en primer término apreciar los diversos factores de riesgo social -lo que conlleva un escrutinio menos severo por parte de la Corte Constitucional que no dispone en este asunto de la capacidad de apreciación fáctica, política e histórica propia del legislador-, las alinderaciones que efectúa en cuanto acotan el campo de acción de las profesiones no dejan de repercutir sobre los elementos objetivos y subjetivos conectados de manera determinante con el derecho examinado.

6. La ley demandada se propone "regular" la profesión de optometría. Dado que la elección y la práctica de la optometría corresponde a una situación que se comprende dentro de la libertad de profesión u oficio, el propósito explícito del legislador, en principio, lo coloca en el dominio de las Leyes Estatutarias que son aquellas a través de las cuales el legislador "regula" los derechos fundamentales. Claro está que si el contenido de la regulación no se refiere a los aspectos estructurales o esenciales del derecho fundamental, la presunción sobre el trámite estatutario requerido decaerá.

En este caso, sin embargo, la necesidad de que la regulación haya debido sujetarse al trámite previsto para las Leyes Estatutarias, se mantiene. En efecto, la ley demandada se ocupa de regular de manera integral la profesión de la optometría. Aspectos que se

relacionan con el ámbito esencial del derecho -tales como la exigencia de la tarjeta profesional y la delimitación de las acciones permitidas y de las prohibidas-, así como otros de detalle y de mero desarrollo, son objeto de regulación en ella. Por consiguiente, dado que la ley acusada no se sometió al trámite señalado en la C.P., para las Leyes Estatutarias se declarará su inexequibilidad. El pronunciamiento de la Corte abarca las normas de detalle y de mero desarrollo, en la medida en que ellas se sustentan en las disposiciones principales (artículos 2°, 3°, 4°, 5° y 9°), con las cuales conforman un todo inescindible.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-251
mayo 26 de 1998

PROFESION-Regulación legal (Salvamento de voto)

Quiero sí, reiterar una dificultad que tuve ocasión de exponer en Sala y que no tiene que ver sólo con la ley específica que fue objeto de demanda, sino con muchas del mismo género, reglamentarias del ejercicio de algunas profesiones. En tales leyes se vierten en formas legales contenidos de reglas técnicas que se pretende válidas en el ámbito de las correspondientes disciplinas científicas o profesiones, y acerca de cuya validez el juez constitucional no tiene otra cosa que perplejidades. Por ejemplo: ¿cómo determinar si un cierto proceso terapéutico puede controlarlo competentemente un optómetra o un oftamólogo? ¿cómo decidir si un médico general está o no habilitado para suministrar determinado tipo de anestesia? Pienso que esa clase particular de reglas deberían ser avaladas previamente por Comités altamente especializados, compuestos equitativamente por autoridades reconocidas en los ámbitos de las ciencias o disciplinas cuyo ejercicio pueda entrar en conflicto, y reducirse la reglamentación legal a aspectos atinentes a derechos, deberes y libertades, una vez delimitado claramente el ámbito sometido a otro tipo de verificación, ajena por completo al juez constitucional.

Cuando se presentó a la Sala Plena el proyecto de sentencia que proponía la inexequibilidad total de la Ley 372 de 1997, expuse los argumentos que me llevaban a disentir de tal propuesta.

Manifesté, además, inquietudes adicionales que me planteaba el examen de constitucionalidad de algunas disposiciones en particular.

Pero al leer el texto definitivo de la sentencia debo confesar que las dudas jurídicas más importantes han desaparecido. Por esa razón, lo que anuncié como un salvamento de voto en el momento de decidir, se ha convertido más bien en una aclaración o quizás en una constancia, que sé perfectamente que es insólita en este tipo de actos, pero que no altera en nada la mayoría amplia que respaldó la decisión final de la Corte.

Quiero sí, reiterar una dificultad que tuve ocasión de exponer en Sala y que no tiene que ver sólo con la ley específica que fue objeto de demanda, sino con muchas del mismo género, reglamentarias del ejercicio de algunas profesiones.

En tales leyes se vierten en formas legales contenidos de reglas técnicas que se pretende válidas en el ámbito de las correspondientes disciplinas científicas o profesiones, y acerca de cuya validez el juez constitucional no tiene otra cosa que perplejidades. Por ejemplo: ¿cómo determinar si un cierto proceso terapeútico puede controlarlo competentemente un optómetra

o un oftamólogo? ¿cómo decidir si un médico general está o no habilitado para suministrar determinado tipo de anestesia?

Pienso que esa clase particular de reglas deberían ser avaladas previamente por Comités altamente especializados, compuestos equitativamente por autoridades reconocidas en los ámbitos de las ciencias o disciplinas cuyo ejercicio pueda entrar en conflicto, y reducirse la reglamentación legal a aspectos atinentes a derechos, deberes y libertades, una vez delimitado claramente el ámbito sometido a otro tipo de verificación, ajena por completo al juez constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA C-251
mayo 26 de 1998

OPTOMETRIA-Normas invaden campos de medicina/**OFTAMOLOGIA**
(Salvamento parcial de voto)

Las razones que mueven al suscrito magistrado a apartarse de la decisión mayoritaria se basan, fundamentalmente, en el hecho de que las normas citadas, al definir la profesión de optometría y fijar sus alcances, invaden campos reservados exclusivamente a la ciencia médica y, en particular, a la especialidad de la oftalmología, con lo cual se genera un enorme riesgo social para la población colombiana que confiaría sus derechos constitucionales a la salud, a la integridad física, e incluso a la vida, a personas que carecen de suficiente idoneidad profesional para cumplir actividades médicas. No ignora el suscrito que la Carta Política otorga amplias facultades al Estado para regular las profesiones u oficios y para organizar, dirigir y reglamentar los servicios de salud. Sin embargo, tampoco puede desconocerse el que, dentro de una interpretación armónica y sistemática de la Constitución Política -que le impone al Estado el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía y efectividad de los derechos ciudadanos- dichas funciones deban cumplirse, precisamente, dentro del marco de respeto y protección de tales garantías y derechos; en el caso particular, dentro del marco de respeto y protección a los derechos constitucionales a la salud y a la integridad física de los pacientes, los cuales resultarían vulnerados si, como lo pretende la ley acusada, se habilita a los optómetras para cumplir funciones que son propias de los médicos oftalmólogos.

Con el acostumbrado respeto hacia los fallos de la Sala Plena de la Corporación, el suscrito magistrado salva parcialmente su voto en el asunto de la referencia, por no compartir la decisión de fondo adoptada por la mayoría de los miembros de la Sala Plena el día veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998), con respecto a la declaratoria de exequible de las partes acusadas de los artículos 2°, 4° y 5° de la ley 372 de 1997, *"por la cual se reglamenta la profesión de Optometría en Colombia y se dictan otras disposiciones"*.

Las razones que mueven al suscrito magistrado a apartarse de la decisión mayoritaria se basan, fundamentalmente, en el hecho de que las normas citadas, al definir la profesión de optometría y fijar sus alcances, invaden campos reservados exclusivamente a la ciencia médica y, en particular, a la especialidad de la oftalmología, con lo cual se genera un enorme riesgo social para la población colombiana que confiaría sus derechos constitucionales a la salud, a la integridad física, e incluso a la vida, a personas que carecen de suficiente idoneidad profesional para cumplir actividades médicas.

En efecto, las amplias facultades otorgadas por las normas citadas para diagnosticar, tratar, manejar y evaluar clínicamente las enfermedades del sistema visual, son actividades que sólo pueden ser realizadas por médicos oftalmólogos, quienes adquieren tal título, luego de terminar sus estudios de medicina y cirugía, que son de siete (7) años[1], y adelantar el correspondiente posgrado o especialidad en salud visual, cuya duración en ningún caso es inferior a tres (3) años. En su entrenamiento, dirigido a la prevención, diagnóstico y tratamiento médico-quirúrgico del órgano visual, el médico oftalmólogo recibe una tutoría personalizada en consultorios y salas de cirugía, supervisada en todo momento por profesores altamente calificados en la materia, que le permiten, finalmente, manejar clínicamente todos los factores externos e internos del ojo[2].

El optómetra, por el contrario, no adelanta la carrera de Medicina y su formación profesional en el campo de la salud, que dura cinco (5) años y sólo exige como requisito el de ser bachiller, no lo habilita para cumplir funciones clínico-patológicas, diferentes al manejo de los vicios refractivos del ojo susceptibles de mejorar con lentes correctores externos (gafas, lentes de contacto); función que incluso debe cumplir bajo supervisión médica[3]. Al respecto, resulta pertinente citar el artículo 120 del acuerdo 158 del 10 de diciembre de 1980, por el cual la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales adoptó el reglamento sobre la organización y el funcionamiento de la atención en salud:

"Artículo 120. De la optometría. La optometría estará dirigida a evaluar los defectos visuales atribuibles a problemas de refracción o estrabismo y a procurar su corrección mediante acciones ortópicas y la formulación de lentes.

"Las actividades de optometría serán ejecutadas por optómetras, responderán a órdenes de servicio emitidas por los médicos generales o especialistas a cuyo cargo esté el cuidado de los pacientes, serán coordinadas por aquellos profesionales y serán asesoradas por el médico especialista (oftalmología) cuando el caso lo requiera."

Cabe puntualizar que por tratarse de actividades relacionadas con la salud visual, la oftalmología como ciencia médica y la optometría como profesión paramédica mantienen, hasta cierta medida, vínculos de afinidad y de complementariedad. Pero es evidente que, como quedó dicho, la optometría no ofrece a sus profesionales la preparación requerida para cumplir funciones médicas tan complejas como son: "la evaluación clínica, tratamiento y control de las alteraciones de la agudeza visual y la visión binocular" (art. 4°, literal a); "la aplicación de las técnicas necesarias para el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y rehabilitación de las anomalías de la salud" (art. 4°, literal b); y la promoción, prevención, asistencia, rehabilitación y readaptación de "problemas de la salud visual y ocular" (art. 4°, literal g). Funciones que por su formación profesional e idoneidad sólo están en capacidad de realizar los médicos oftalmólogos.

No ignora el suscrito que la Carta Política otorga amplias facultades al Estado para regular las profesiones u oficios (art. 26) y para organizar, dirigir y reglamentar los servicios de salud (art. 49). Sin embargo, tampoco puede desconocerse el que, dentro de una interpretación armónica y sistemática de la Constitución Política -que le impone al Estado el servicio a la

---

[1] Cfr. conceptos remitidos a esta Corporación por ASMEDAS y la Sociedad Colombiana de Oftalmología, contenidos en el expediente D-1836.

[2] *Ibidem.*

[3] *Ibidem.*

comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía y efectividad de los derechos ciudadanos (art. 2°)- dichas funciones deban cumplirse, precisamente, dentro del marco de respeto y protección de tales garantías y derechos; en el caso particular, dentro del marco de respeto y protección a los derechos constitucionales a la salud y a la integridad física de los pacientes, los cuales resultarían vulnerados si, como lo pretende la ley acusada, se habilita a los optómetras para cumplir funciones que son propias de los médicos oftalmólogos.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA C-252
mayo 26 de 1998

TEORIA DE LA IMPREVISION-Incompetencia de la Corte Constitucional

Es claro que el cambio de la situación económica existente al momento de contratar el mutuo, puede hacer que éste se torne más favorable para una de las partes. Así, un alza general, en las tasas de interés, aparentemente, perjudica al acreedor obligado a respetar el término, porque de no ser así podría colocar su dinero a un interés mayor; y una baja en las tasas de interés, en principio, perjudica al deudor que no puede pagar anticipadamente, consiguiendo otro crédito a un interés menor. Dentro de ciertos límites, estos cambios hacen parte de las contingencias propias de la vida de los negocios. Si el cambio fuere tan grande, y ocasionado, además, por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que la obligación a cargo de una de las partes resulte excesivamente onerosa, es claro que ésta podrá invocar la teoría de la imprevisión, a la cual se refiere concretamente el artículo 868 del Código de Comercio. Pero, éste es asunto que debe proponerse ante los jueces competentes y no ante la Corte Constitucional.

MUTUO CON INTERESES-Pago anticipado

Sostener que el deudor puede pagar anticipadamente cuando ello le convenga, implicaría, para no quebrantar el equilibrio entre las partes, que el acreedor pudiera, a su vez, exigir anticipadamente el pago, para colocar su dinero a una tasa mayor, pues, como ya se advirtió, éste es un contrato conmutativo. Pero, ¿sería acertado, a la luz de las normas que gobiernan los contratos, sostener que el acreedor y el deudor, a su arbitrio, pueden desconocer el plazo pactado para el pago, cuando éste se ha establecido en interés de ambos? La respuesta, a juicio de la Corte, tiene que ser negativa. En conclusión: porque preserva la equidad, al someter a las partes a una misma regla (el respeto a las estipulaciones del contrato legalmente celebrado), la pregunta formulada al comienzo puede responderse afirmativamente: la disposición del artículo 2229, interpretada en concordancia con los artículos 1553 y 1554, es justa.

MUTUO CON INTERESES-Tope legal

Los intereses de que trata el aparte del artículo acusado, nunca pueden exceder los topes legales estipulados en los artículos transcritos, y, en este sentido, se condicionará la exequibilidad de la expresión acusada del artículo 2229 del Código Civil.

CREDITO PARA VIVIENDA A LARGO PLAZO-Es regulado por normas de intervención del Estado/**CREDITO PARA VIVIENDA A LARGO PLAZO**-El prepago está permitido/**UPAC**

El primero de estos artículos, el 333, consagra la libre competencia, la que desde luego opera en el sistema financiero, como un derecho que supone responsabilidades, y

advierte que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que impone obligaciones. El segundo artículo citado, 334, le atribuye al Estado la responsabilidad de intervenir en la economía para que todas la personas, en particular las de menores ingresos "..tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos", y entre ellos se encuentra, por definición misma del Constituyente, la vivienda digna. En desarrollo de estos preceptos, se ha creado una normatividad propia para los créditos de vivienda a largo plazo que otorgan las entidades, que impide, en principio, la aplicación automática de las normas civiles y comerciales que regulan la misma actividad, en forma general. Es decir, para esta clase de créditos existen normas específicas, que consagran competencias que buscan proteger adecuadamente a los usuarios de los servicios crediticios ofrecidos por tal clase de entidades, tal como lo establece el artículo 1 de la ley 35 de 1993, ley marco para la intervención de las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y el decreto 663 de 1993 que actualiza el sistema orgánico del estatuto financiero, entre otros, y que permiten desarrollar las competencias en materia de intervención económica que consagró el Constituyente en los artículos 150, numeral 19, literal d), 189, numeral 25 y 335 de la Constitución Política. La regulación especial expedida en esta materia, cobija, igualmente, las demás garantías adicionales a la hipotecaria, que puedan llegar a exigirse y que instrumentalizan los mencionados créditos, tales como el pagaré y la letra de cambio. Así, el artículo 694 del Código de Comercio, no resulta aplicable, a la luz de la Constitución, a los créditos hipotecarios de vivienda a largo plazo. Es decir, que cuando se trate de estas obligaciones, a pesar de existir tales garantías, no puede impedirse el prepago ni ser sancionado el deudor por hacerlo.

Referencia: Expediente D-1870.

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2229 (parcial) del Código Civil.

Actor: Alfonso Valencia Salazar.

Magistrada Ponente (e): Doctora CARMENZA ISAZA DE GOMEZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, según consta en acta número veintiuno (21), a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alfonso Valencia Salazar, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Constitución Política, demandó la inconstitucionalidad parcial del artículo 2229 del Código Civil.

Por auto del veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997), el Magistrado sustanciador, doctor Jorge Arango Mejía, admitió la demanda y ordenó fijar en lista la norma acusada. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente del Congreso de la República, con el objeto de que, si lo estimaba oportuno, conceptuara sobre la constitucionalidad de la norma parcialmente demandada.

A. **Norma acusada.**

El siguiente es el texto de la norma demandada, con la advertencia de que se subraya lo acusado.

> *"Artículo 2229. Podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, aun antes del término estipulado, <u>salvo que se hayan pactado intereses".</u>*

B. **La demanda.**

El actor estima que el aparte demandado vulnera el Preámbulo y los artículos 1, 5, 13, 15, 42, 95, 333, y 334 de la Constitución Política.

Afirma el demandante que el Gobierno, con el propósito de fomentar la construcción y financiación de vivienda, creó el sistema UPAC, que se constituía en una excelente opción para la adquisición de vivienda. Sin embargo, por las fluctuaciones del mercado financiero, actualmente existe la posibilidad de adquirir créditos más económicos que los ofrecidos en el mencionado sistema, sin que los deudores puedan acceder a ellos por la aplicación que se está dando al precepto parcialmente acusado.

De esta manera, se desconoce la protección integral que debe otorgarse a la familia como núcleo esencial de la sociedad, el principio de solidaridad y el derecho a obtener vivienda digna, como quiera que la aplicación de la norma acusada hace nugatorio el derecho de la población a acceder efectivamente a los bienes y servicios básicos, pues se le somete al pago de cuantiosos intereses que, de hecho, atentan contra su dignidad.

Para el actor, la prohibición que consagra la norma parcialmente acusada de dar por terminado el contrato de mutuo oneroso antes del vencimiento del término estipulado por las partes, desconoce el derecho a la libre competencia económica, consagrado por el artículo 333 de la Constitución, pues, impide a los deudores pagar lo adeudado antes del término estipulado, y acceder, si ellos lo requieren, a mejores condiciones de crédito o tasas de intereses, de conformidad con las fluctuaciones del mercado financiero.

El hecho de impedir el pago anticipado en los contratos de mutuo oneroso, le niega al deudor la posibilidad de pagar y escoger la mejor oferta que se ofrezca en el mercado, quedando sometido a las condiciones y voluntad del acreedor. En consecuencia, la norma está propiciando el abuso de la posición dominante de personas y, en especial de entidades del sector financiero que tienen en el contrato de mutuo oneroso, una de sus principales fuentes de inversión.

Por otra parte, no existe razón para permitir que los deudores en los contratos de mutuo gratuito puedan dar por terminado su contrato antes del plazo, hecho que se constituye en una ventaja para éstos, desconociéndose así, el derecho a la igualdad entre unos deudores y otros.

La aplicación del aparte demandado, trae como consecuencia que el artículo 868 del Código de Comercio, que consagra la teoría de la imprevisión y, por ende, la facultad de revisión de los contratos cuando las circunstancias nuevas, imprevistas o imprevisibles hacen gravosa las prestaciones para algunas de las partes, no pueda ser empleada para la revisión de los contratos de mutuo oneroso.

Finalmente, considera que, en relación con el aparte acusado, ha operado el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente, pues él se opone a los nuevos presupuestos del Estado Social de Derecho.

C. **Intervenciones.**

De conformidad con el informe secretarial del 14 de noviembre de 1997, en el término constitucional previsto para intervenir en la defensa o impugnación de la norma acusada, presentaron escrito los ciudadanos Alvaro Namén Vargas, designado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y Eudoro Echeverri Quintana.

Intervención del ciudadano designado por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

En concepto de este interviniente, para resolver el cargo de la demanda, es necesario recordar que la mayor parte de las normas del Código Civil y del Código de Comercio, tienen

un carácter supletivo de la voluntad de las partes, pues en estas materias, impera el principio de la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, no pude afirmarse válidamente como lo hace el demandante, que el aparte acusado del artículo 2229 del Código Civil, prohíba el pago anticipado en los contratos de mutuo oneroso, pues serán las partes las que señalarán en el contrato si se acepta o no el pago anticipado. A falta de esta estipulación, la norma establece que éste no puede realizarse, pues para ello se requiere consentimiento del acreedor.

No puede afirmarse, por tanto, que la norma acusada desconozca la libre competencia, pues ella sólo es predicable de quienes realizan una actividad comercial o económica similar, y no de los beneficiarios de esas actividades. Para el caso concreto que plantea el demandante, en relación con las diferentes prerrogativas de préstamos que se están ofreciendo en el mercado financiero, se está demostrando que hay libre competencia, sin que la norma acusada esté restringiendo el acceso de una u otra entidad a ese mercado. Al respecto afirma:

> "Así, la libre competencia se predica de quienes ejecutan una actividad comercial similar, y no como lo afirma el demandante, como la posibilidad de participar, como beneficiario, de los cambios en materia de ofertas comerciales que, retomando el ejemplo, pueden dar las entidades financieras".

Tampoco es de recibo el cargo por vulneración del derecho a la igualdad, pues la norma consagra consecuencias disímiles para situaciones diferentes, pues el mutuario a título oneroso no está en las mismas condiciones contractuales que el mutuario a título gratuito, toda vez que la estipulación de intereses hace presumir que el plazo para el cumplimiento del contrato, se ha estipulando en favor tanto del acreedor como del deudor, razón por la cual no es válido el pago anticipado sin el consentimiento de aquél.

Finalmente, afirma que la inconstitucionalidad de una norma no puede sustentarse en las consecuencias fácticas que genera su aplicación a un caso concreto. Por ello, no es válido el cargo de la demanda por el desconocimiento del derecho a tener una vivienda digna, o el derecho a tener una familia. Al parecer, el demandante olvida que también los acreedores, que no siempre son entidades financieras, tienen, también, una familia y vivienda que sostener.

Intervención del ciudadano Eudoro Echeverri Quintana.

En su concepto, el aparte demandado del artículo 2229 del Código Civil, desconoce el artículo 1° de la Constitución, pues va en contra de la dignidad humana y el principio de solidaridad que caracterizan al Estado Social de Derecho.

D. **Concepto del Procurador General de la Nación.**

Por medio de oficio número 1461 del 9 de diciembre de 1997, el Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuéllar, rindió el concepto de rigor, solicitando a la Corte Constitucional, declarar exequible el artículo 2229 del Código Civil, parcialmente acusado.

Para el Ministerio Público, la demanda no está dirigida contra el contenido normativo del artículo 2229 del Código Civil, sino contra la aplicación que de él se ha hecho por algunas entidades financieras, como consecuencia de las diversas ofertas que se han venido presentando en el sector financiero para el financiamiento de créditos hipotecarios, subrogando créditos o permitiendo su amortización anticipada.

El legislador para el caso del mutuo oneroso, y a falta de estipulación de las partes, estableció la excepción del pago anticipado. Excepción que tiene fundamento en el hecho de

que el pacto de intereses no sólo opera en favor del acreedor, a quien le reporta un lucro, sino en beneficio del deudor, como quiera que no puede ser obligado al pago de la deuda antes del plazo pactado. Es decir, el legislador deja a la voluntad de las partes la regulación de este tópico, y sólo en caso de no existir acuerdo, la norma suple esa voluntad, prohibiendo el pago anticipado.

Finalmente, advierte que el contrato de mutuo, que en principio se celebraba entre personas naturales, se ha convertido en uno de los principales contratos en el sector financiero, hecho que, dada la posición dominante de estas entidades, ha generado una serie de desigualdades entre éstas y sus deudores, que hace necesaria la intervención del Estado para impedir el abuso de esta posición. Sin embargo, esta circunstancia no puede conducir a la declaración de inexequibilidad de la norma acusada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

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

Primera. **Competencia.**

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por haberse originado en la demanda contra un artículo que hace parte de una ley, es decir, del Código Civil (numeral 4 del artículo 241 de la Constitución).

Segunda. **Lo que se debate.**

Pretende el demandante que el artículo 2229 del Código Civil, al restablecer que el mutuario puede pagar toda la suma prestada, aun antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses, quebranta diversas normas de la Constitución, concretamente, el preámbulo y los artículos 1, 5, 13, 15, 42, 333, y 334.

Según el actor, la norma vulnera la libertad económica y permite que se abuse del derecho. Quebranta la igualdad, porque "sólo una de las partes podría dar por terminado este contrato". Es contraria, además, a la protección que merece la familia y a su dignidad. Se examinarán, en consecuencia, estos argumentos.

Tercera. **Análisis del artículo 2229 del Código Civil.**

El artículo 2229 del Código Civil confiere al mutuario la posibilidad de pagar toda la suma prestada, aun antes del vencimiento del término, salvo que se hayan pactado intereses. ¿Cuál es la razón de ser de esta norma?

De conformidad con el artículo 1554 del mismo Código Civil, *"El deudor puede renunciar al plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulando lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar"*. Y, refiriéndose al contrato de mutuo, dice que en éste se aplicará lo previsto por el artículo 2229 (por error, la norma cita el 2225).

El artículo 1554 concuerda con el 1553 que establece la regla general de que al deudor no puede exigirse el pago de su obligación antes del vencimiento del plazo.

Como se ve, las dos normas consagran el equilibrio entre el acreedor y el deudor en lo relativo al plazo para el pago: el primero no puede exigir el pago antes del vencimiento del término; y el segundo no puede pagar anticipadamente cuando al hacerlo cause un perjuicio. ¿Por qué? Porque este es un contrato conmutativo oneroso, según el cual *"cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez"* (artículo 1498 del Código Civil).

En el caso concreto del mutuo, el plazo para el pago de la suma prestada se entiende establecido exclusivamente en favor del deudor, si no se han pactado intereses; y en favor del mismo deudor y del acreedor, si se han estipulado intereses.

Al respecto se lee en los Mazeaud:

> *"El deudor puede obtener una ventaja efectuando el pago antes del vencimiento del término. Sucede así cuando ha pedido prestado a un interés elevado, y cuando los réditos actuales del dinero son menores; entonces desea reembolsarle a su acreedor y pedir prestado a un nuevo interés...*
>
> *"Pero el interés del deudor chocará a veces con el derecho del acreedor, que exigirá el pago en el término fijado. En efecto, el término se estipula, ya sea en interés exclusivo del deudor, ya sea en interés exclusivo del acreedor, ya sea en su interés común. El respeto de las convenciones exige que el pago anticipado esté prohibido cuando el término se haya estipulado a favor del acreedor. Por el contrario, el deudor puede renunciar al término señalado en su interés exclusivo.* ***El pago anticipado no es posible, pues, contra la voluntad del acreedor más que si el término se ha establecido en exclusivo interés del deudor".*** *("Lecciones de Derecho Civil", Henri y León y Jean Mazeaud, Ediciones jurídicas Europa- América, 1960,l parte segunda, volumen III, pág. 198).*

Y más adelante agregan:

> "Desde luego, el exclusivo hecho de que se hayan pactado intereses permite presumir, hasta prueba en contrario, que el término se ha convenido en interés común de ambas partes" (ob. cit., pág. 199).

Refiriéndose al préstamo de dinero, escriben los mismos autores:

> "**¿Puede reembolsar el prestatario por anticipado?** En principio el término se presume estipulado en interés del deudor (art. 1817 del Código civil); por consiguiente el deudor puede liberarse antes del término. Pero esa presunción se destruye con la prueba en contrario resultante de la convención o de las circunstancias de que el término se haya convenido en interés común de las partes; **la estipulación de intereses** será interpretada en el sentido de prohibirle al prestatario el reembolso anticipado, salvo cláusula en contrario" (*ob. cit*, parte III, vol. IV, pág. 404).

Josserand, por su parte, al referirse al mutuo con intereses, anota:

> "No siempre ocurre que el término previsto para el reembolso se establezca en interés exclusivo del prestatario; ocurre a veces que se establece en interés también del prestamista, que pensó hacer una colocación durable y se vería por consiguiente desagradablemente sorprendido con un reembolso anticipado" ("Derecho Civil", Ediciones jurídicas Europa - América, tomo II, vol. I., pág. 583, Bs. Aires, 1950).

Cabe preguntarse: ¿es justa la regla que el artículo 2229 establece sobre el mutuo con intereses? Como se ha dicho, al establecerse el término en beneficio del mutuamente y del mutuario, ambos tienen que respetarlo: el primero, absteniéndose de exigir el pago anticipado; el segundo, absteniéndose del reembolso anticipado.

Es claro que el cambio de la situación económica existente al momento de contratar el mutuo, puede hacer que éste se torne más favorable para una de las partes. Así, un alza general, en las tasas de interés, aparentemente, perjudica al acreedor obligado a respetar el término,

porque de no ser así podría colocar su dinero a un interés mayor; y una baja en las tasas de interés, en principio, perjudica al deudor que no puede pagar anticipadamente, consiguiendo otro crédito a un interés menor.

Dentro de ciertos límites, estos cambios hacen parte de las contingencias propias de la vida de los negocios. Si el cambio fuere tan grande, y ocasionado, además, por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que la obligación a cargo de una de las partes resulte excesivamente onerosa, es claro que ésta podrá invocar la teoría de la imprevisión, a la cual se refiere concretamente el artículo 868 del Código de Comercio. Pero, éste es asunto que debe proponerse ante los jueces competentes y no ante la Corte Constitucional.

Sostener que el deudor puede pagar anticipadamente cuando ello le convenga, implicaría, para no quebrantar el equilibrio entre las partes, que el acreedor pudiera, a su vez, exigir anticipadamente el pago, para colocar su dinero a una tasa mayor, pues, como ya se advirtió, éste es un *contrato conmutativo.*

Pero, ¿sería acertado, a la luz de las normas que gobiernan los contratos, sostener que el acreedor y el deudor, a su arbitrio, pueden desconocer el plazo pactado para el pago, cuando éste se ha establecido en interés de ambos? La respuesta, a juicio de la Corte, tiene que ser negativa. De lo contrario, se eliminaría la fuerza obligatoria de los contratos, consagrada expresamente en el artículo 1602 del Código Civil:

> "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"

En conclusión: porque preserva la equidad, al someter a las partes a una misma regla (el respeto a las estipulaciones del contrato legalmente celebrado), la pregunta formulada al comienzo puede responderse afirmativamente: la disposición del artículo 2229, interpretada en concordancia con los artículos 1553 y 1554, es justa.

Sin embargo, sí debe hacerse la siguiente observación en relación con el monto de los intereses de que trata el artículo acusado: en esta clase de contratos (mutuo con intereses), como ocurre en todos, los intereses pactados tienen que respetar los topes legales. Es claro que si se pactan más allá, hay un objeto ilícito.

La Corte, en sentencia C-367 de 1995, señaló hasta dónde puede ir la voluntad de las partes para pactar intereses, y precisó que no existe libertad absoluta en esta materia. Al respecto dijo:

> "Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce -aunque no con carácter absoluto- la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público.
>
> "Hay, pues, en materia contractual dos ámbitos bien diferenciados, respecto de cada uno de los cuales la función del legislador varía sustancialmente: el que corresponde regular al Estado mediante preceptos de obligatorio e ineludible cumplimiento, en el cual no cabe la libre decisión ni el convenio entre las partes, aunque estén de acuerdo, por cuanto no es el suyo el único interés comprometido o en juego sino que está de por medio el interés público, o en razón de la necesidad de proteger a uno de los contratantes que el ordenamiento jurídico presume más débil que el otro; y el que, por repercutir tan sólo en el interés de los contratantes sin afectar el de la colectividad y siendo claro el equilibrio entre ellos, corresponde a su libertad y dominio, como

dueños de las decisiones que estimen más adecuadas y oportunas en busca de sus respectivas conveniencias.

"En el último terreno enunciado, es tarea del legislador la de proveer la norma aplicable cuando se da el silencio de los contratantes, disponiendo así, en subsidio de la voluntad de éstos, las consecuencias de ciertas situaciones jurídicas.

"Tal es el caso de la norma demandada [artículo 1617 del Código Civil], que no tiene sentido ni aplicación sino sobre el supuesto de que, habiendo incurrido el deudor en mora de pagar una suma de dinero, las partes no han pactado el monto en el cual debe ser indemnizado el acreedor por los perjuicios que dicha mora le causa, por lo cual el legislador se ha visto precisado a consagrar, como regla supletiva, la que fija los intereses legales, determinando su porcentaje en un cierto período (seis por ciento anual), a falta de los intereses convencionales.

"El precepto corresponde, entonces, a una función legislativa consistente en precaver los conflictos, disponiendo con antelación y por vía general y supletoria una forma de solucionarlos, con el fin de asegurar a los asociados la necesaria certidumbre sobre el Derecho que rige sus relaciones." (Corte Constitucional, sentencia C-367 de 1995. Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo)

Sobre el monto de los intereses, el Código de Comercio, en el artículo 884 señala:

"Artículo 884: Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se específique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será el doble **(y cuando sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses).**

"Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria".

La expresión en paréntesis y negrilla fue modificada por el artículo 72 de la ley 45 de 1990, que dice:

"Artículo 72 de la ley 45 de 1990. **Sanción por cobro de intereses en exceso.** Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trata, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción.

"..."

Es decir, los intereses de que trata el aparte del artículo acusado, nunca pueden exceder los topes legales estipulados en los artículos transcritos, y, en este sentido, se condicionará la exequibilidad de la expresión acusada del artículo 2229 del Código Civil.

Cuarta. **Procedencia de la intervención estatal y los créditos a largo plazo otorgados para vivienda.**

Finalmente, cabe señalar, los hechos que motivaron esta demanda, concretamente, en relación con los deudores de las instituciones financieras, que han recibido créditos de vivienda, con garantía hipotecaria sobre el inmueble objeto del crédito, y que, transcurrido un tiempo, hacen las diligencias pertinentes para cancelar el crédito con la institución crediticia,

pues han vendido el inmueble o han trasladado su crédito a otra institución, y, con el dinero correspondiente, quieren pagar su deuda, pero se encuentran que la entidad les aplica la norma analizada (artículo 2229), e impide el pago cuando el término del contrato no ha vencido.

Se pregunta la Corte: ¿es aplicable el artículo 2229 del Código Civil a los créditos a largo plazo que otorgan las entidades que prestan para vivienda? Para contestar este interrogante cabe señalar lo siguiente:

El Constituyente impuso al Estado, en forma expresa, la obligación de promover, para la adquisición de vivienda, ***"sistemas adecuados de financiación a largo plazo"*** (artículo 51 de la Constitución). Además, estableció los mecanismos de intervención en los artículos 333 y 334 de la Carta, y en otras normas de carácter constitucional, como el artículo 150, numeral 19, literal d). Todo enmarcado para garantizar la prevalencia de principios de justicia y equidad, pues debe recordarse que la Constitución desde su Preámbulo busca que se *"garantice un orden político, económico y social justo."*

El primero de estos artículos, el 333, consagra la libre competencia, la que desde luego opera en el sistema financiero, como un derecho que supone responsabilidades, y advierte que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que impone obligaciones, principios que se hacen efectivos cuando el objeto de la entidad es ofrecer alternativas de financiación para suplir una necesidad que el Constituyente reconoció como inherente a la condición de dignidad del individuo: la vivienda.

El segundo artículo citado, 334, le atribuye al Estado la responsabilidad de intervenir en la economía para que todas la personas, en particular las de menores ingresos "***...tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos***", y entre ellos se encuentra, por definición misma del Constituyente, la vivienda digna.

En desarrollo de estos preceptos, se ha creado una normatividad propia para los créditos de vivienda a largo plazo que otorgan las entidades, que impide, en principio, la aplicación automática de las normas civiles y comerciales que regulan la misma actividad, en forma general.

Es decir, para esta clase de créditos existen normas específicas, que consagran competencias que buscan proteger adecuadamente a los usuarios de los servicios crediticios ofrecidos por tal clase de entidades, tal como lo establece el artículo 1 de la ley 35 de 1993, ley marco para la intervención de las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y el decreto 663 de 1993 que actualiza el sistema orgánico del estatuto financiero, entre otros, y que permiten desarrollar las competencias en materia de intervención económica que consagró el Constituyente en los artículos 150, numeral 19, literal d), 189, numeral 25 y 335 de la Constitución Política.

La regulación especial expedida en esta materia, cobija, igualmente, las demás garantías adicionales a la hipotecaria, que puedan llegar a exigirse y que instrumentalizan los mencionados créditos, tales como el pagaré y la letra de cambio.

Así, el artículo 694 del Código de Comercio, según el cual *"el tenedor no puede ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento de la letra"*, norma también referida a los pagarés, según la remisión del artículo 711 del mismo Código, no resulta aplicable, a la luz de la Constitución, a los créditos hipotecarios de vivienda a largo plazo. Es decir, que cuando se trate de estas obligaciones, a pesar de existir tales garantías, no puede impedirse el prepago ni ser sancionado el deudor por hacerlo.

Dada la relación directa y necesaria que existe entre el aparte demandado y la norma contenida en el artículo 694 del Código de Comercio, la Corte integrará la unidad de materia y declarará que esta norma es exequible con el condicionamiento anotado.

CONCLUSION

El aparte acusado del artículo 2229 del Código Civil es constitucional, entendiendo que para el ámbito de los créditos para vivienda a largo plazo, éste no es aplicable, en razón a que dichos créditos están regulados por normas específicas de intervención del Estado, como se ha dicho anteriormente.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Decláranse EXEQUIBLES, en los términos de esta sentencia, la expresión acusada del artículo 2229 del Código Civil, y el artículo 694 del Código de Comercio, cuya aplicación, además, debe estar sujeta a las consideraciones relacionadas con la intervención estatal para los créditos de vivienda.

Es entendido que los intereses correspondientes no pueden estar en ningún caso por encima de los topes legales.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-254
mayo 27 de 1998

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Delegación de facultad para suprimir o fusionar entidades

La función que de conformidad con el ordinal 7° del artículo 150 superior compete al Congreso para suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, fue delegada por la norma en comento, en el presidente de la República. Sin embargo, esta delegación, además de ser pro tempore y precisa, fue condicionada o enmarcada por límites muy claros, ya que el presidente sólo podía suprimir o fusionar las entidades, órganos y dependencias que desarrollaran las mismas funciones que otros, o que fueran ineficientes en el cumplimiento de sus competencias. La delegación también estaba limitada por la finalidad de la competencia, pues ella sólo debía ejercerse para buscar la racionalización y reducción del gasto público. Además, el ejercicio de la competencia delegada se supeditaba a la observancia de ciertos requisitos, cuales eran la consulta previa a la Comisión de Racionalización del Gasto Público, y la asesoría de una comisión parlamentaria integrada por tres Senadores y tres Representantes, conformada ad hoc para este cometido. Finalmente, la ley habilitante no permitía el ejercicio de las facultades conferidas respecto de los órganos, dependencias o entidades a los cuales la Constitución les reconoce un régimen de autonomía.

FONDO NACIONAL DE NOTARIADO-Constitucionalidad de la supresión

Para la Corte, la Ley 344 de 1996, que delegó en el presidente las facultades para la reforma de la Administración Pública, lo facultaba para llevar a cabo un análisis sobre las funciones a cargo de todas las entidades de la Administración Central. Y, cuando a consecuencia de este examen, dentro de una razonable discrecionalidad llegara a la conclusión de que se presentaba duplicidad funcional, podía legítimamente suprimir la entidad que considerara oportuno, sin que el solo factor de eficiencia justificara su mantenimiento, ya que el propósito fundamental señalado por la Ley de facultades era el de reducir y racionalizar el gasto público. Dentro de un criterio de racionalización del gasto público, que justamente delimita el alcance de las atribuciones delegadas al presidente, el Gobierno hizo un adecuado uso de las facultades conferidas, pues procedió a suprimir una entidad que acusaba duplicidad funcional, dejando a salvo la labor de interés público que le competía, consistente en manejar los recursos parafiscales destinados a mejorar a los notarios de bajos recursos; y ello con un costo operacional considerablemente menor al que venía originándose por dicha actividad, y rescatando para el funcionamiento de otras entidades de la Administración Central los bienes que constituían la infraestructura física de Fonanot.

Referencia: Expediente D-1776 y 1795

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1672 de 1997

Actores: Sergio González Rey y Juan Manuel Charry Urueña

Magistrado Sustanciador: Doctor VLADIMIRO NARANJO MESA.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998)

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Sergio González Rey y Juan Manuel Charry Urueña, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandaron la inexequibilidad total del Decreto 1672 de 1997 "por el cual se suprime el Fondo Nacional de Notariado 'FONANOT' y se ordena su liquidación".

Admitida la demanda, el despacho del magistrado ponente ordenó oficiar al Congreso de la República y a la Comisión de Racionalización del Gasto Público para que remitieran a esta Corporación la información relacionada con el proceso de supresión de FONANOT, de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Ley 344 de 1996. Una vez recaudadas las pruebas, el accionante Juan Manuel Charry Urueña presentó memorial aditivo de la demanda en el cual solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad de los tres primeros incisos del artículo 5° del decreto demandado, pero el magistrado ponente denegó la adición mediante Auto que posteriormente fue confirmado por el Pleno de la Corte Constitucional, al resolver el recurso de súplica contra él interpuesto. Posteriormente se efectuaron las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes, se fijó en lista el negocio en la Secretaría General de la Corporación para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se dio traslado al procurador general de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de la norma acusada es el siguiente:

"DECRETO No. 1672 DE 1997

(JUNIO 27)

"Por el cual se suprime el Fondo Nacional de Notariado "Fonanot" y se ordena su liquidación"

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 30 de la Ley 344 de 1996, consultada la opinión de la Comisión de Racionalización del Gasto y de las Finanzas Públicas y previa asesoría del Honorable Congreso de la República

DECRETA

CAPITULO I

SUPRESION Y LIQUIDACION

"Artículo 1°. Supresión y liquidación. Suprímese, a partir de la fecha de publicación del presente Decreto, el Fondo Nacional de Notariado "Fonanot", Establecimiento Público del Orden Nacional adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, creado por la Ley 29 de 1973 y organizado por el Decreto 27 de 1974.

"En consecuencia, a partir de la vigencia del presente Decreto, dicho Establecimiento entrará en proceso de liquidación, el cual deberá concluir a más tardar el 31 de octubre de 1997 y, utilizará para todos los efectos la denominación Fondo Nacional de Notariado "Fonanot" en liquidación.

"La liquidación se realizará conforme a las disposiciones del presente Decreto, a la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional y a las normas vigentes sobre la materia.

"Artículo 2°. Liquidador. El Presidente de la República designará el liquidador del Fondo Nacional de Notariado "Fonanot" en liquidación, quien deberá reunir las mismas calidades exigidas para el Director de esa Entidad, devengará su remuneración y estará sujeto a las inhabilidades, incompatibilidades, responsabilidades y demás disposiciones previstas para éste.

"El Liquidador ejercerá las funciones asignadas al Director de la Entidad, en cuanto no sean incompatibles con la liquidación y las disposiciones del presente Decreto y responderá por la infracción a las disposiciones legales aplicables, así como por la no liquidación de la Entidad dentro del plazo previsto en el inciso 2° del artículo 1° del presente Decreto.

"Parágrafo. Hasta tanto se posesione el Liquidador, el Director de la Entidad continuará desarrollando sus funciones, siempre y cuando no sean incompatibles con lo consagrado en el presente Decreto.

"Artículo 3°. Junta Liquidadora. Para el cumplimiento de sus funciones, el Liquidador será asistido por una Junta Liquidadora que tendrá la misma composición de la Junta Directiva de la Entidad, con excepción del representante del Presidente de la República, el cual será reemplazado por el Director del Departamento Administrativo de Función Pública, o su delegado.

"Los miembros de la Junta Liquidadora estarán sujetos a las inhabilidades, las incompatibilidades y las responsabilidades previstas en la Ley para los miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas del orden nacional, y serán igualmente responsables cuando por defecto del incumplimiento de las funciones a ella asignadas, el proceso de liquidación de la Entidad no se desarrolle de manera oportuna.

"La Junta Liquidadora ejercerá las funciones establecidas para la Junta Directiva de la Entidad, en cuanto no sean incompatibles con la liquidación y las normas de este Decreto.

"Artículo 4°. Prohibición para iniciar nuevas actividades. Sin perjuicio de los programas y actividades que se requiera ejecutar durante el proceso de liquidación, conforme lo Determine el Gobierno Nacional, en el reglamento a que hace referencia el artículo 1° del presente Decreto el Fondo Nacional de Notariado "Fonanot" en liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica, únicamente, para expedir los actos y celebrar los contratos necesarios para su liquidación.

"Artículo 5°. Traspaso de bienes. Los recursos actualmente destinados a mejorar las condiciones económicas de los Notarios de insuficientes ingresos, a la capacitación de los Notarios y a la divulgación del Derecho Notarial, de que trata el artículo 11 de la Ley 29 de 1973 y concordantes, serán administrados por la

Superintendencia de Notariado y Registro a través de un fondo o sistema especial de manejo de cuentas, sin personería jurídica, estructura administrativa ni planta de personal propia. El traspaso definitivo de estos recursos, deberá estar concluido antes del 31 de octubre de 1997.

"El Fondo será administrado por el Superintendente de Notariado y Registro, quien podrá delegar ésta función en el Secretario General, con la asesoría de un Consejo integrado por: El Ministro de Justicia y del Derecho, o su delegado quien lo presidirá; El presidente del Colegio Nacional de Notarios o su delegado; un Notario de tercera categoría, o su suplente elegido por los de su misma categoría. El Consejo adoptará su propio reglamento para la toma de decisiones.

"El Superintendente de Notariado y Registro será el representante legal del Fondo y el ordenador del gasto.

"Los bienes muebles que pertenecen al Fondo Nacional de Notariado "Fonanot" en liquidación pasarán a la Superintendencia de Notariado y Registro.

"Los bienes inmuebles que pertenecen al Fondo Nacional de "Fonanot" en liquidación, pasarán al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, para el desarrollo del Programa de Prevención Integral de la Drogadicción en el Sistema Penitenciario Colombiano.

"Artículo 6°. Traspaso de otros derechos y obligaciones. Una vez concluida la liquidación de la Entidad, todos sus derechos, obligaciones y archivos pasarán a la Superintendencia de Notariado y Registro.

"Artículo 7°. Terminación de la existencia de la Entidad. Vencido el término señalado para la liquidación, quedará terminada la existencia jurídica del Fondo Nacional de Notariado "Fonanot" en liquidación, para todos los efectos.

"CAPITULO II

"DISPOSICIONES LABORALES

"Artículo 8°. Supresión de empleos. Dentro del término previsto para la liquidación del Fondo Nacional de Notariado "Fonanot", la Junta liquidadora suprimirá los empleos, desempeñados por empleados públicos. Dicha supresión se adelantará de acuerdo con el Programa de Supresión de Empleos que para tal efecto la Junta Liquidadora establezca dentro de los dos (2) meses siguientes a la vigencia del presente Decreto.

"Al vencimiento del término de la liquidación, quedarán automáticamente suprimidos los cargos todavía existentes.

"Artículo 9°. Indemnizaciones. Los empleados públicos de carrera desvinculados del Fondo Nacional de Notariado "Fonanot" en liquidación, como consecuencia de su supresión, tendrán derecho a la indemnización consagrada en la Ley 27 de 1992, su Decreto Reglamentario 1223 de 1993 y las normas que los modifiquen o sustituyan.

"CAPITULO III

"DISPOSICIONES VARIAS

"Artículo 10. Obligaciones de los empleados de manejo y confianza y los responsables de los archivos de la Entidad. Los empleados que desempeñen

empleos de manejo y confianza y los responsables de los archivos de la Entidad, deberán rendir las correspondientes cuentas fiscales e inventarios, y efectuar la entrega de los bienes y archivos a su cargo, conforme a las normas y procedimientos establecidos por la Contraloría General de la República, la Contaduría General de la Nación y el Archivo General de la Nación, sin que ello implique exoneración de la responsabilidad de la que haya lugar en caso de irregularidades.

"Artículo 11. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial los artículos pertinentes del Decreto 2539 de 1993 y los artículos 9° y 13 de la Ley 29 de 1973 y el Decreto 27 de 1974.

"Publíquese y cúmplase."

"Dado en Santafé de Bogotá D.C., a 27 de junio de 1997

ERNESTO SAMPER PIZANO

"La Ministra de Justicia y del Derecho,

Almabeatriz Rengifo López

"El Viceministro de Hacienda y Crédito Público, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Eduardo Fernández Delgado

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública

Edgar Alfonso González Salas"

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estiman los demandantes que la disposición acusada es violatoria de los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 58, 113, 114, 121, 122, 123, 150-1, 150-7, 150-10 y 209 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

Los demandantes aseguran que por virtud de la Ley 344 de 1996, el Congreso de la República le concedió al Presidente, previa consulta a la Comisión de Racionalización del Gasto Público y con el fin de racionalizar y reducir dicho gasto, la facultad extraordinaria de suprimir o fusionar dependencias, órganos y entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional que desarrollasen las mismas funciones o que tratasen las mismas materias o que cumpliesen ineficientemente sus funciones. Sin embargo, dicen los impugnantes, el Gobierno Nacional abusó de sus facultades y procedió a suprimir el Fondo Nacional de Notariado (Fonanot), sin tener en cuenta que esta entidad tenía un eficiente desempeño y, además, no cumplía con las mismas funciones ni trataba materias similares a las de cualquiera otra entidad del Estado.

El demandante González Rey señala que el Gobierno ni siquiera "se tomó el trabajo de investigar" el desenvolvimiento y estructura de Fonanot para expedir el decreto demandado, ya que, de haberlo hecho, se habría percatado de la importante labor que la entidad desarrollaba en el campo de la promoción económica y educativa de los notarios; se habría enterado de la poca incidencia de la entidad en los gastos generales de la Nación, con lo que habría descartado su desaparecimiento. Además, dice que los aportes parafiscales recibidos por el fondo suprimido fueron sencillamente expropiados por el Gobierno en favor de la Superintendencia de Notariado y Registro.

El demandante Charry Urueña señala, por su lado, que la decisión del ejecutivo de acabar con el fondo no estuvo objetivamente sustentada, pues aquél no llevó a cabo evaluación alguna sobre las características operativas ni sobre el desempeño de la entidad. El demandante, además, presenta un detallado estudio sobre los programas realizados por Fonanot para demostrar su alta eficiencia y el papel protagónico en el desarrollo de la actividad notarial en el país; así como para demostrar su óptima gestión presupuestal. Agrega que Fonanot adelantó programas de capacitación gremial, implementó políticas de subsidio notarial y se encargó de divulgar información de mucho interés para el sector; y que, a la fecha de la demanda, no existía otra entidad que se encargara de realizar las mismas actividades.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

Dentro de la oportunidad legal prevista intervino la abogada Sandra Morelli con el fin de defender la constitucionalidad del decreto acusado.

La interviniente aclara que el decreto hace parte del paquete de normas que el presidente de la República expidió en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 344 de 1996. Además, que de acuerdo con los preceptos constitucionales, la entidad suprimida, por no tener autonomía constitucional sino legal, era de aquellas que podían ser suprimidas o fusionadas por la rama Ejecutiva del Poder Público, por lo cual, el Gobierno, analizadas ciertas consideraciones de conveniencia, optó por la primera alternativa.

De otro lado, el interviniente señala que la Superintendencia de Notariado y Registro tiene a su cargo el desarrollo de programas institucionales similares a los que realizaba la entidad suprimida, por lo que los argumentos relacionados con la exclusividad de las actividades ejecutadas por Fonanot no tienen sustento admisible. Aduce además que de la supresión de Fonanot se deriva un ahorro para el erario de 8.08%, sin contar con la eliminación de los gastos administrativos y con el precio de los inmuebles en donde funcionaba la entidad. En relación con la posible destinación ilegítima de los recursos parafiscales que administraba el fondo, la interviniente aclara que ese dinero tiene carácter público, amén de que su fin no es el de confundirse con el patrimonio de la Superintendencia de Notariado y Registro, en la medida en que conserva intacta su específica destinación.

Desde el punto de vista formal, la interviniente indica que la norma acusada es el producto de un juicioso análisis efectuado por el Comité de Reforma de la Administración Pública en conjunción con el Gobierno, y que por ello no puede hablarse de la inexequibilidad de sus normas.

2. Intervención de Beatriz Eugenia Sánchez Mojica

La ciudadana de la referencia procedió a coadyuvar la demanda presentada contra los tres primeros incisos del artículo 5° del Decreto 1672 de 1997, pero como se aclaró en el aparte I de estos Antecedentes, la acción contra dichas normas fue rechazada por la Corte Constitucional por haberse adosado de manera extemporánea. En consecuencia, no se hará referencia adicional a esta intervención.

3. Intervención de la Superintendencia de Notariado y Registro

De manera extemporánea, la Superintendencia de Notariado y Registro intervino en el proceso para solicitar la declaratoria de constitucionalidad del decreto demandado.

Para el representante de la Superintendencia, en la expedición del decreto acusado el Gobierno Nacional utilizó con el mayor cuidado y la mejor racionalidad las facultades

concedidas por el Congreso de la República. Los objetivos consignados en la ley 344 de 1996, fueron cumplidos a cabalidad por el decreto 1672 de 1997 y en manera alguna riñen con los principios de igualdad, moralidad, eficacia y economía previstos en la Constitución Política.

Adicionalmente, asegura que no es correcta la afirmación de que Fonanot se sostuviera exclusivamente con recursos parafiscales, porque el Gobierno estaba comprometido también a suministrarlos. La destinación de dichos aportes, por otro lado, tampoco se desvió, pues actualmente la Superintendencia de Notariado y Registro es la encargada de administrarlos en favor del sector notarial.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En la oportunidad legal, el señor procurador general de la Nación se pronunció sobre la demanda y solicitó a esta Corporación declarar constitucional el Decreto 1672 de 1997 con fundamento en los argumentos siguientes.

En concepto del Ministerio Público, el decreto fue expedido dentro del límite temporal de seis meses establecido por la Ley 344 de 1987. Además, al ser Fonanot una entidad del orden nacional perteneciente a la Rama Ejecutiva, el presidente estaba legítimamente facultado para suprimirla.

En cuanto a los criterios formulados por la ley para que las entidades pudieran ser suprimidas, es decir, los relacionados con la eficiencia, el cumplimiento de labores similares, etc., la vista fiscal asegura que el gobierno efectivamente los tuvo en cuenta, como lo demuestra la consulta que elevara a la Comisión de Racionalización y las Finanzas Públicas, concretada a la sazón en el concepto emitido por ésta el 23 de junio de 1997. Adicionalmente, el Congreso designó tres miembros de cada cámara para que asesoraran al Gobierno en el ejercicio de las funciones extraordinarias; asesoría que, por demás, no vinculaba la decisión del ejecutivo.

A todo lo anterior se agrega que el Gobierno constituyó el Comité para la Reforma de la Administración Pública Nacional, el cual, en su reunión del 12 de junio de 1997 (Acta No.7), llegó a la conclusión de que el fondo Nacional de Notariado debía suprimirse. En estas condiciones, la vista fiscal concluye que las decisiones del Gobierno lejos de ser inconsultas o caprichosas, fueron el resultado de una evaluación técnica ponderada acerca del desempeño de la entidad suprimida.

Por último, el Ministerio Público es del parecer que la supresión del fondo no perjudicó al gremio de los notarios, pues los recursos que aquél administraba, fueron asignados a la Superintendencia de Notariado y Registro para que cumpliera los mismos fines perseguidos por Fonanot. Los activos fijos remanentes de la entidad, que no eran más que bienes públicos, se reservaron para satisfacer programas de tipo social, sin que por ello se pueda afirmar que fueron violentadas normas de rango constitucional.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

1. Por dirigirse la demanda contra normas que forman parte de un decreto dictado por el presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, al tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 241 de la Carta, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad.

Lo que se debate

2. Para los demandantes, lo dispuesto en el decreto-ley impugnado excedió el marco de las competencias delegadas al presidente por el artículo 30 de la Ley 344 de 1996, por cuanto

procedió a suprimir un establecimiento público y a ordenar su liquidación, irrespetando los condicionamientos impuestos en la mencionada norma habilitante.

En efecto, en el sentir de los impugnantes, las entidades que se suprimieran deberían ser organismos que se encontraran en uno o varios de los siguientes supuestos: a) que desarrollaran las mismas funciones de otras entidades estatales, b) que se ocuparan de las mismas materias que otros organismos públicos y c) que fueran ineficientes en el cumplimiento de sus funciones. En el caso de Fonanot, ninguno de ellos se daba, por lo que el presidente no podía suprimir la referida entidad. Como lo hizo, excedió el marco de la ley de facultades y desconoció con ello la Constitución.

Por lo tanto debe la Corte precisar cuáles eran los límites señalados por la norma de facultades y constatar si ellos fueron transgredidos o no por el legislador extraordinario.

Análisis del contenido de la norma que otorgó facultades extraordinarias al presidente:

3. La norma que concedió facultades extraordinarias al presidente de la República, es del siguiente tenor:

"Art. 30. Revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis meses, contados a partir de la publicación de la presente ley, para suprimir o fusionar, consultando la opinión de la Comisión de Racionalización del Gasto Público, dependencias, órganos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional que desarrollen las mismas funciones o que traten las mismas materias o que cumplan ineficientemente sus funciones, con el propósito de racionalizar y reducir el gasto público. Igualmente, tendrá facultades para separar la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

Parágrafo 1°. El ejercicio de las facultades que se confieren en el presente artículo no incluye los órganos, dependencias o entidades a los cuales la Constitución les reconoce un régimen de autonomía.

Parágrafo 2°. Para el ejercicio de estas facultades el gobierno solicitará a las Mesas Directivas de las respectivas comisiones de Senado y Cámara, la designación de tres Senadores y de tres Representantes que lo asesoren en el tema propio de acuerdo con las funciones de cada una de ellas."

4. En relación con la norma transcrita, reitera la Corte la jurisprudencia sentada en la Sentencia C-140 de 1998 (M. P. Doctor Carlos Gaviria Díaz), según la cual la función que de conformidad con el ordinal 7° del artículo 150 superior compete al Congreso para suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, fue delegada por la norma en comento, en el presidente de la República. Sin embargo, esta delegación, además de ser pro tempore y precisa, fue condicionada o enmarcada por límites muy claros, ya que el presidente sólo podía suprimir o fusionar las entidades, órganos y dependencias que desarrollaran las mismas funciones que otros, o que fueran ineficientes en el cumplimiento de sus competencias.

5. De otra parte la delegación también estaba limitada por la finalidad de la competencia, pues ella sólo debía ejercerse para buscar la racionalización y reducción del gasto público. Además, el ejercicio de la competencia delegada se supeditaba a la observancia de ciertos requisitos, cuales eran la consulta previa a la Comisión de Racionalización del Gasto Público, y la asesoría de una comisión parlamentaria integrada por tres senadores y tres representantes, conformada ad hoc para este cometido. Finalmente, la ley habilitante no permitía el ejercicio de las facultades conferidas respecto de los órganos, dependencias o entidades a los cuales la Constitución les reconoce un régimen de autonomía.

6. Vistos cuáles eran los límites impuestos por la norma de atribución, corresponde a la Corte establecer si, como lo aducen los demandantes, ellos fueron excedidos con la expedición del decreto demandado, pues es sabido que las facultades extraordinarias deben ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el legislador en la norma que confiere las facultades, como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia como la que a continuación se transcribe:

> *"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"*[1]

Eficiencia del Fondo Nacional de Notariado y Registro

7. Para los demandantes, Fonanot era una entidad altamente eficiente, por lo cual el Gobierno no podía proceder a su supresión con base en la ineficiencia de la misma. En sustento de esta opinión aducen varios argumentos:

En primer lugar, señalan que en la "Memoria al Congreso Nacional" correspondiente al período de 1995 a 1996, el propio Ministerio de Justicia sostuvo que el Fondo "contribuyó al mejoramiento de la calidad del servicio público de notariado en Colombia, mediante la ejecución de planes y programas orientados a facilitar los medios que permiten agilizar y reducir los trámites, y a proporcionar los sistemas de información para que la ciudadanía en general obtenga un servicio oportuno y en mejores condiciones".

---

[1] Sentencia C-039 de 1995, M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo.

Uno de los demandantes es profuso en traer al expediente numerosos indicadores de gestión, relativos a las actividades de mejoramiento de las condiciones económicas de los notarios de escasos ingresos, especialmente en lo referente al reconocimiento de subsidios, y de facilidades para acceder al crédito para mejoramiento de equipos. También menciona los logros del Fondo en lo referente a capacitación del personal vinculado al servicio público notarial, capacitación que se extiende a la implementación de un software notarial; y pone de presente la actividad de divulgación del derecho notarial adelantada por la entidad. Todo lo anterior es sustentado con profusión de cifras y datos complementarios que se orientan a demostrar la eficiencia de la entidad suprimida.

Especial importancia conceden las demandas a la eficiencia en la administración del presupuesto asignado a la entidad y al bajo porcentaje que representaban los gastos de nómina (8%) dentro del total de la ejecución presupuestal del Fondo.

8. Por su parte el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de apoderada, sostiene que "para establecer el grado de eficiencia de una determinada entidad se impone realizar una comparación entre medios y recursos disponibles y cantidad y calidad del servicio prestado" Y que una prueba de esta índole no ha sido aportada al expediente. Por otro lado, sostiene la apoderada del Ministerio, el ahorro del 8% correspondiente al costo de la nómina que se logra con la supresión de la entidad, "comporta una mayor eficiencia, y devela algún grado de ineficiencia de Fonanot."

9. En relación con esta disparidad de criterios, para la Corte no puede pasarse por alto que en el informe presentado por el Ministerio de Justicia al Congreso Nacional en 1996, se reconoció la contribución de la entidad suprimida al mejoramiento del servicio público de notariado, lo cual constituía su objeto. Y que, por tanto, resulta un poco sorpresivo el cambio de calificación que el mismo Ministerio produce en el presente expediente, antes de que finalice el año de 1997.

Sorprende también que durante todo el proceso que surtió el Gobierno para la reforma de la Administración Pública Nacional, no se mencionó ni se consideró la ineficiencia de Fonanot, ni se adujo esta razón para suprimir la entidad, como sí sucedió, en cambio, con otros organismos que fueron suprimidos en razón de su ineficiencia, como fue el caso del Idema, para citar un ejemplo. La única referencia expresa a Fonanot que se encuentra en todas las actas del Comité para la Reforma de la Administración Pública Nacional, es la transcrita en el fundamento número 12 de la presente Sentencia, que en nada se refiere a la eficiencia o ineficiencia de la entidad.

Tampoco en el concepto rendido en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 344 de 1996 por la Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas, se contiene ninguna mención expresa a la ineficiencia de ninguna entidad gubernamental en particular.

De igual manera, no se observa que dentro de las reuniones del Comité para la Reforma de la Administración Pública Nacional, a las cuales fueron citados los representantes y senadores designados para asesorar al Gobierno, estos hubieran expresado nada concreto en torno de la eficiencia o ineficiencia de la entidad cuya supresión se demanda de inconstitucional.

Todo lo anterior lleva a concluir que no fue la ineficacia de Fonanot la razón con base en la cual el Gobierno fundamentó su decisión de suprimir la entidad. Antes bien, obran en el expediente pruebas que llevan a la conclusión contraria: que se trataba de un organismo eficiente y que su supresión no tomó pie en consideraciones relativas a su supuesta ineficacia.

Análisis de las funciones de Fonanot frente a las de otras entidades y organismos de la rama ejecutiva del orden nacional.

10. Fonanot era un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, creado por la Ley 29 de 1973. De conformidad con el artículo 2° del decreto 027 de 1974, reglamentario de la Ley mencionada, sus objetivos perseguían "mejorar las condiciones económicas de los notarios de insuficientes ingresos y propender por la capacitación del personal vinculado al servicio de Notariado y a la divulgación del derecho notarial". Sus funciones, enumeradas en el artículo 3° del mismo decreto, eran las siguientes:

"a) Liquidar y pagar un subsidio anual o mensual a los Notarios de bajos ingresos;

"b) Organizar cursos de capacitación para el personal vinculado al servicio de Notariado y propender por la divulgación del derecho notarial;

"c) Promover ciclos de conferencias de profesionales calificados y concursos sobre temas de especial importancia doctrinaria;

"d) Propender por la vinculación del notariado colombiano a los organismos internacionales del Ramo y su concurrencia activa a los certámenes que estos organicen;

"e) Realizar estudios, investigaciones, compilaciones y codificaciones en materia de notariado;

"f) Establecer cátedras de notariado en las universidades del país;

"g) Crear institutos de especialización en dicho campo;

"h) Colaborar en la redacción de proyectos de ley y actos gubernamentales tendientes al perfeccionamiento de la función notarial".

La primordial labor adelantada por esta entidad consistía en la administración de los aportes que los notarios debían hacer al Fondo, así como de los aportes hechos por el gobierno nacional o por los particulares, y el pago del subsidio a los notarios de bajos recursos. Aportes y subsidios a los que se refieren, respectivamente, los artículos 11 y 14 de la Ley 29 de 1973.

Mediante la administración del Fondo así constituido y el pago del subsidio a los notarios de bajos recursos, que constituyen más del 50% del total de los notarios del país, Fonanot cumplía con el propósito de mejorar las condiciones económicas de estos últimos.

Determinadas así las funciones de Fonanot, corresponde confrontarlas con las que competen a las demás entidades de la Administración Pública Nacional relacionadas directamente con la prestación del servicio público de notariado. Son ellas la Superintendencia de Notariado y Registro y Fonprenor .

11. En lo relativo a la Superintendencia de Notariado y Registro, el decreto 2158 de 1992, por medio del cual se reestructuró dicho ente administrativo, en su artículo 1° indica como objetivos suyos la "dirección, inspección y vigilancia de los servicios públicos de notariado y registro de instrumentos públicos y la asesoría al Gobierno Nacional en la fijación de las políticas y los planes relacionados con los servicios por ella regulados."

Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, el artículo 2° del mismo decreto le asigna el cumplimiento de las siguientes funciones:

"Artículo 2. *Funciones*. La Superintendencia de Notariado y Registro desarrollará sus objetivos mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

1. Velar por la adecuada y eficaz prestación de los servicios públicos de notariado y registro y orientar a los notarios y registradores sobre el particular.

2. Instruir a los notarios y registradores de instrumentos públicos sobre la aplicación de las normas que rigen su actividad y establecer criterios, pautas y procedimientos para su cumplimiento.

3. Ejercer la inspección y la vigilancia sobre las notarias y las oficinas de registro de instrumentos públicos e imponer sanciones por la violación de las normas vigentes que rigen los servicios a su cargo.

4. Practicar visitas de inspección a las notarias y oficinas de registro, cuando de oficio o por medio de denuncias se evidencien irregularidades en el desarrollo de sus funciones.

5. Establecer de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias, criterios y reglas claras que guíen las visitas de inspección periódicas que realice la superintendencia a los entes vigilados.

6. Llevar a cabo, con la debida observancia de las formalidades legales, las investigaciones necesarias para obtener información probatoria relacionada con el desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia.

7. Ordenar, cuando fuere pertinente, la suspensión inmediata de aquellas actuaciones irregulares y disponer que se adopten las medidas correctivas del caso.

8. Establecer sistemas administrativos y operativos para lograr la eficiente atención de los servicios de notariado y de registro de instrumentos públicos, procurando su racionalización y modernización.

9. Proponer al Gobierno Nacional la creación o supresión de Notarías y de oficinas de registro y de instrumentos públicos.

10. Proponer al Gobierno nacional la fijación de tarifas para el cobro de derechos por la prestación de los servicios de notariado y de registro de los instrumentos públicos.

11. Asignar a las oficinas de registro de instrumentos públicos el presupuesto necesario para que su funcionamiento garantice una adecuada y eficiente prestación del servicio público que les ha sido encomendado.

12. Adelantar y auspiciar estudios, investigaciones y compilaciones en materia de notariado y de registro de instrumentos públicos y divulgar sus resultados.

13. Prestar el apoyo técnico y administrativo que se requiera para el ingreso y la permanencia en el servicio de notarios y registradores.

14. Llevar a cabo, directamente o a través de entidades especializadas los programas de especialización que se requieran para las personas que presten sus servicios para la Superintendencia.

15. Impulsar actividades de los colegios de notarios y registradores de instrumentos públicos de Colombia, tendientes a lograr la adecuada y eficaz prestación de los servicios.

16. Preparar y presentar a consideración del Ministro de Justicia proyectos de ley o de reglamentos de notariado y del registro de instrumentos públicos.

17. Las demás que señale la ley."

12. Confrontando las funciones anteriores con aquellas que competían a Fonanot, la Corte observa que se presenta una clara duplicidad respecto de las correspondientes a los numerales 12 y 16 del decreto 2158 de 1992, que reestructura la Superintendencia de Notariado y

Registro. En efecto, adelantar y auspiciar estudios, investigaciones y compilaciones en materia de notariado y de registro de instrumentos públicos y divulgar sus resultados (numeral 12), es una actividad que parcialmente se identifica con la de "realizar estudios, investigaciones, compilaciones y codificaciones en materia de notariado", que le atribuía el literal e) del artículo 3° del Decreto 027 de 1974 a Fonanot. Y, de otra parte, también puede constatarse duplicidad entre las funciones asignadas a esta última entidad por el literal h) del artículo 3° del mismo decreto y las asignadas a la Superintendencia por el numeral 16 del artículo 2° del Decreto 2158 de 1992, puesto que ambas se refieren a la colaboración en la elaboración de proyectos de ley en materia notarial.

13. En cuanto a las funciones adelantadas por Fonprenor, a juicio de la Corte no se daba la duplicidad, toda vez que esta institución era un establecimiento público del orden nacional, adscrito también al Ministerio de Justicia, definido por la ley como una entidad de seguridad social dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuyas funciones se circunscribían a atender el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales correspondientes al personal vinculado al servicio de notariado y registro en todo el país y a la Superintendencia de Notariado, Fonanot y el mismo Fonprenor.

La disimilitud de las funciones asignadas a esta entidad respecto de las que adelantaba Fonanot, se explica por si misma con la sola enunciación de tales funciones.

14. La duplicidad parcial de funciones que se presentaba entre la Superintendencia de Notariado y Registro y Fonanot, fue reconocida como tal, es decir como parcial, y con base en ella se decidió la supresión de esta última entidad. Así parece deducirse de lo que se expresó en relación con Fonanot en la reunión del Comité para la Reforma de la Administración Pública Nacional llevado a cabo el 12 de Junio de 1997. En efecto, el acta correspondiente a dicha reunión da cuenta de la propuesta para el ejercicio de las facultades extraordinarias en relación con Fonanot, propuesta consignada en los siguientes términos:

"Supresión del Fondo Nacional de Notariado -FONANOT-

> *"El objetivo social de este Fondo es mejorar las condiciones económicas de los notarios de insuficientes ingresos y propender por la capacitación del personal vinculado al servicio de notariado, además de la divulgación del Derecho Notarial; existe duplicidad funcional con el Ministerio de Justicia en lo relativo a la difusión del Derecho Notarial; el cumplimiento de las otras dos finalidades se haría a través de un fondo cuenta manejado directamente por la Superintendencia de Notariado y Registro."*

15. Como puede apreciarse, el mismo Gobierno tomó la decisión de suprimir con base en la duplicidad parcial de funciones. Cabe entonces preguntarse si esta duplicidad relativa tan solo a una parte de las labores adelantadas por el organismo suprimido, permitía al Gobierno adoptar la decisión de supresión.

Para la Corte, la Ley 344 de 1996, que delegó en el presidente las facultades para la reforma de la Administración Pública, lo facultaba para llevar a cabo un análisis sobre las funciones a cargo de todas las entidades de la Administración Central. Y, cuando a consecuencia de este examen, dentro de una razonable discrecionalidad llegara a la conclusión de que se presentaba duplicidad funcional, podía legítimamente suprimir la entidad que considerara oportuno, sin que el solo factor de eficiencia justificara su mantenimiento, ya que el propósito fundamental señalado por la Ley de facultades era el de reducir y racionalizar el gasto público.

16. En el caso de Fonanot, si bien la actividad de administrar el fondo constituido con recursos parafiscales con miras a lograr con ellos los objetivos señalados por la ley,

primordialmente el de "mejorar las condiciones económicas de los notarios de insuficientes ingresos", - lo cual se cumplía con el pago de un subsidio a los notarios de escasos recursos- era labor que no era adelantada por ningún otro organismo, también es cierto que dicha actividad seguirá adelantándose, en lo sucesivo por la Superintendencia de Notariado, a través del fondo cuenta previsto en el Decreto 1672 de 1997, cuyo artículo 5° literalmente que literalmente reza:

"El Fondo será administrado por el Superintendente de Notariado y Registro, quien podrá delegar esta función en el Secretario General, con la asesoría de un Consejo integrado por: El Ministro de Justicia y del Derecho, o su delegado quien lo presidirá; El presidente del Colegio Nacional de Notarios o su delegado; un Notario de tercera categoría, o su suplente elegido por los de su misma categoría. El Consejo adoptará su propio reglamento para la toma de decisiones.

"El Superintendente de Notariado y Registro será el representante legal del Fondo y el ordenador del gasto."

De esta manera, dentro de un criterio de racionalización del gasto público, que justamente delimita el alcance de las atribuciones delegadas al presidente, el Gobierno hizo un adecuado uso de las facultades conferidas, pues procedió a suprimir una entidad que acusaba duplicidad funcional, dejando a salvo la labor de interés público que le competía, consistente en manejar los recursos parafiscales destinados a mejorar a los notarios de bajos recursos; y ello con un costo operacional considerablemente menor al que venía originándose por dicha actividad, y rescatando para el funcionamiento de otras entidades de la Administración central los bienes que constituían la infraestructura física de Fonanot.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, se despacharán como improcedentes los cargos de las demandas.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de Nación, y cumplidos los trámites previstos por el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el Decreto Ley 1672 de 1997.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-255
mayo 27 de 1998

PROCESO CONCORDATARIO-Constitucionalidad de embargo y secuestro

Las normas acusadas no quebrantan los artículos 25 y 333 de la Constitución. En cuanto al artículo 333, es claro que el embargo y el secuestro de que tratan las normas demandadas, nada tienen que ver con la libertad de empresa. En el trámite del concordato, su finalidad es la conservación de los bienes que son la prenda general de los acreedores. Además, el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil, es aplicable al secuestro previsto en estas normas, por lo cual no puede afirmarse, en principio, que se impida el funcionamiento de la empresa. En cuanto al artículo 25 de la Constitución, tampoco aparece una relación con las disposiciones acusadas. Con la misma falta de lógica, podría afirmarse que quebrantan la Constitución todas las normas penales que establecen la privación de la libertad y, por lo mismo, impiden el normal desarrollo de las actividades de alguien, entre ellas su trabajo. El embargo y el secuestro, en relación con el proceso concordatario, son medidas necesarias para asegurar su eficacia, especialmente en lo relativo a los derechos de los acreedores.

Referencia: Expediente D-1878.

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 143 y 144 de la Ley 222 de 1995 "Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones"

Actoras: Nasiris Cabarcas Lara y Otras.

Magistrada Ponente (E): Doctora CARMENZA ISAZA DE GOMEZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, según consta en acta número veintidós (22), a los veintisiete (27) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

Las ciudadanas Nasiris Cabarcas Lara, Dianys González Oyola y Marbel Pizarro Perea, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Constitución Política, demandaron la inconstitucionalidad de la expresión "secuestro" que se emplea en los artículos 143 y 144 de la Ley 222 de 1995.

Por auto del treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997), el Magistrado sustanciador, admitió la demanda, con la advertencia que la admisión se hacía en relación con el texto íntegro de los artículos al que pertenece la expresión acusada por las demandantes, dado el nexo inescindible entre lo acusado y el texto de la norma del que hace

parte. Con esa salvedad, se ordenó fijar en lista las normas acusadas. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente del Congreso de la República y al Superintendente de Sociedades, con el objeto de que, si lo estimaban oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas demandadas.

A. **Normas acusadas**

El siguiente es el texto de las normas demandadas.

"LEY 222 DE 1995

"(Diciembre 20)

"Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones

"El Congreso de Colombia

"DECRETA :

"TITULO II

"Régimen de Procesos Concursales

"CAPITULO II

"Del Concordato

"SECCION XIII

"Medidas Cautelares

"Artículo 143. Vigencia. Los embargos y secuestros practicados en los procesos remitidos continuarán vigentes sobre los bienes susceptibles de embargos en el concordato conforme a lo estipulado en el numeral 7° del artículo 98. Los demás bienes serán liberados de las medidas cautelares y restituidos al deudor.

"Artículo 144. Decreto, práctica y oposición. En cualquier estado del trámite del concordato, la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a petición de cualquier acreedor, además del embargo y secuestro de bienes, podrá decretar otras medidas cautelares que estime necesarias.

"El decreto, práctica y oposición a las medidas cautelares, se decidirá por la Superintendencia con sujeción a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de prestar caución. Las providencias que se dicten sólo tendrán recurso de reposición.

"Se rechazará de plano la oposición fundada en la existencia de un derecho de retención, sobre los bienes objeto de la medida cautelar, sin perjuicio del privilegio que para el pago la ley le otorga."

B. **La demanda**

Las actoras estiman que las normas acusadas vulneran los artículos 25 y 333 de la Constitución Política.

Según las demandantes, la práctica del secuestro, como medida cautelar en los procesos concordatarios, vulnera el derecho al trabajo y el principio de la libertad de empresa, porque no permite la conservación o recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, finalidad ésta que es el fundamento del proceso concordatario.

El secuestro como medida cautelar, implica la afección de los bienes de la empresa, dejándola desprovista de las herramientas requeridas para su producción, hecho que hace imposible su recuperación financiera y económica, llevándola al estado de liquidación obligatoria ante la dificultad de recuperarse y cumplir con sus obligaciones crediticias.

Para las actoras, resulta ilógico que si el proceso concordatario es uno de los mecanismos que tiene el Estado para proteger las empresas en crisis, el legislador consagre medidas como la mencionada.

C. **Intervenciones**

De conformidad con el informe secretarial del 20 de noviembre de 1997, en el término constitucional previsto para intervenir en la defensa o impugnación de la norma acusada, presentó escrito el ciudadano Juan José Rodríguez Espitia, designado por la Superintendencia de Sociedades, oponiéndose a los cargos de la demanda.

Según este interviniente, es necesario tener en cuenta que unas son las medidas cautelares que se pueden dictar a la apertura del concordato y otras, las que dictan los jueces en el curso de un proceso ejecutivo. En el primer caso, numeral 7° del artículo 98 de la Ley 222 de 1995, establece que la única medida cautelar que se puede decretar, es el embargo de los activos del deudor cuya enajenación esté sujeta a registro. En el segundo caso, el juez puede dictar todas las medidas que crea necesarias para garantizar los derechos del acreedor.

Sin embargo, como es obligación de los jueces remitir a la Superintendencia de Sociedades los procesos ejecutivos o de ejecución coactiva que se sigan contra el deudor, en relación con quien se ha declarado la apertura del concordato, las medidas cautelares de embargo y secuestro ordenadas en ellos, se pueden mantener vigentes, siempre y cuando éstas versen sobre los activos del deudor cuya enajenación esté sujeta a registro, único evento en el que se permite el establecimiento de estas medidas, dentro del proceso concordatario.

Así las cosas, no es cierto como lo afirman las demandantes, que la medida cautelar de secuestro sea incompatible con el fin del proceso concursal, pues es el Superindentendente quien debe definir si la medida es necesaria para proteger al deudor y a sus acreedores, pues así como ella no puede recaer sobre bienes esenciales para el desarrollo del objeto social de la empresa, nada se opone a que la misma se decrete en relación con bienes que no hacen parte de la actividad económica del deudor.

Por otra parte, el artículo 145 de la Ley 222 de 1995, faculta a la Superintendencia de Sociedades para decretar el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas de oficio o a solicitud del contralor, el deudor o la junta provisional de acreedores. Por consiguiente, si la medida de secuestro desnaturaliza el fin del proceso concordatorio, ésta puede ser revocada en cualquier momento de oficio o a solicitud de las personas mencionadas.

Finalmente, advierte que el proceso concursal tiene por objeto tanto la protección del deudor como la de los derechos de los acreedores, lo que justifica la adopción de medidas que garanticen los derechos de unos y otros.

D. Concepto del Procurador General de la Nación.

Por medio de oficio número 1464 del 15 de diciembre de 1997, el Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuéllar, rindió el concepto de rigor, solicitando a la Corte Constitucional, declarar exequibles los artículos 143 y 144 de la Ley 222 de 1995.

Para el Ministerio Público, la facultad de dictar medidas cautelares dentro del proceso concursal, no vulnera derechos como el trabajo o la libertad de empresa, pues éstas garantizan

los derechos patrimoniales de los acreedores, y evitan el incumplimiento de las obligaciones del deudor.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

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

Primera. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por haberse originado en la demanda contra normas que hacen parte de una ley (numeral 4 del artículo 241 de la Constitución).

Segunda. Lo que se debate

Pretenden las demandantes que se declaren inexequibles los artículos 143 y 144 de la Ley 222 de 1995, porque, según ellas, el secuestro previsto en tales normas vulnera los artículos 25 y 333 de la Constitución. La violación de la primera disposición se origina en que, según la demanda, con el secuestro se impide el trabajo. La violación de la segunda la hacen consistir en que contraría la libertad de empresa y la protección de ésta.

Se examinarán, en consecuencia, estos argumentos.

Tercera. Finalidad del embargo y del secuestro.

El embargo es una medida judicial mediante la cual se pone fuera del comercio una cosa, a la orden de la autoridad que la ha decretado.

"El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituírla al que obtenga una decisión a su favor" (Inciso primero del artículo 2273 del Código Civil).

El embargo y el secuestro tienen, en relación con el proceso, una finalidad: la de conservar unos bienes, impidiendo que de ellos disponga su dueño o poseedor. Se trata, en últimas, de asegurar que respecto de esos bienes se cumpla la decisión que finalmente se adopte. El embargo y el secuestro sacan los bienes del comercio.

Sobre el carácter de esta clase de medida, la Corte Constitucional señaló:

"Las medidas cautelares a veces asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos (vgr. separación de bienes, protección policiva a la posesión de hecho, etc.), cuando ellas constituyen precisamente la finalidad o el objetivo del mismo. Pero también, y ésta es la generalidad de los casos, dichas medidas son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo, o en materia penal con el embargo y secuestro de bienes del imputado (C.P.P. art. 52).

"Igualmente las medidas cautelares son también provisionales o contingentes, en la medida de que son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de una contragarantía por el sujeto afectado y, desde luego, cuando el derecho en discusión no se materializa. Naturalmente, las medidas se mantienen mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición.

"Si bien la ocurrencia de una situación de hecho o de derecho determina el ejercicio de la medida cautelar, cabe advertir que la razón de ser de ésta no está necesariamente sustentada sobre la validez de la situación que la justifica. De manera que el título de recaudo, por

ejemplo, puede ser cuestionable y esa circunstancia no influye sobre la viabilidad procesal de la cautela si se decretó con arreglo a la norma que la autoriza. Es por esta circunstancia particular que no puede aducirse que la cautela siempre conduzca a violentar o desconocer los derechos del sujeto afectado con la medida. Obviamente, cuando la medida de cautela es ilegal puede ocasionarse perjuicios, cuyo resarcimiento es posible demandar por el afectado.

"No sobra destacar, finalmente, que las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aún cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo" (Corte Constitucional, sentencia C-054 de 1997. Magistrado Ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell).

En tratándose de empresas o de bienes productivos de venta, tendrá el secuestre las atribuciones previstas para el mandatario en el Código Civil (artículo 683 del Código de Procedimiento Civil).

Esto quiere decir que el secuestre tiene, en este caso, las facultades suficientes para efectuar los actos de administración (artículo 2158 del Código Civil).

Además, la misma Ley 222, en el artículo 145, prevé la posibilidad del levantamiento de las medidas cautelares.

Cuarta. Por qué los artículos 143 y 144 no quebrantan los artículos 25 y 333 de la Constitución.

A juicio de la Corte, las normas acusadas no quebrantan los artículos 25 y 333 de la Constitución.

En cuanto al artículo 333, es claro que el embargo y el secuestro de que tratan las normas demandadas, nada tienen que ver con la libertad de empresa. En el trámite del concordato, su finalidad es la conservación de los bienes que son la prenda general de los acreedores.

Además, el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil, es aplicable al secuestro previsto en estas normas, por lo cual no puede afirmarse, en principio, que se impida el funcionamiento de la empresa.

En cuanto al artículo 25 de la Constitución, tampoco aparece una relación con las disposiciones acusadas. Con la misma falta de lógica, podría afirmarse que quebrantan la Constitución todas las normas penales que establecen la privación de la libertad y, por lo mismo, impiden el normal desarrollo de las actividades de alguien, entre ellas su trabajo.

Cabe recordar, aunque no sea éste el tema de este análisis, que el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil prohíbe el embargo de algunos bienes.

En conclusión: el embargo y el secuestro, en relación con el proceso concordatario, son medidas necesarias para asegurar su eficacia, especialmente en lo relativo a los derechos de los acreedores.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Decláranse EXEQUIBLES, en relación con los cargos estudiados, los artículos 143 y 144 de la Ley 222 de 1995.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-256
mayo 27 de 1998

PROCESO LEGISLATIVO-Integrado por funciones del Congreso y del Gobierno

Tratándose de las leyes, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de 1886 y en la actualmente vigente, el órgano legislativo es el llamado a producirlas siguiendo un procedimiento en el que, además de las labores encomendadas al Congreso, se le han atribuido al gobierno las funciones de presentar proyectos en ciertas materias, formular objeciones cuando sea del caso, sancionarlas y promulgarlas. A la luz de la Carta de 1886 y de la de 1991, no resulta válido, entonces, escindir las etapas que el Constituyente consagró como integrantes de un mismo proceso y como manifestación de la colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público, para predicar que el proceso legislativo sólo se halla conformado por las funciones que cumple el Congreso de la República y no por las que atañen al Gobierno. Los actos cumplidos por el Congreso y los realizados por el gobierno integran un solo procedimiento compuesto por etapas formales a cargo de distintas instancias y cuyo resultado final es la ley que, vista desde la perspectiva analizada, es un acto jurídico de carácter formal, que es válido en la medida en que se hayan respetado las condiciones esenciales fijadas en la Carta para su expedición. Es cierto que la inobservancia del procedimiento afecta la validez de la norma, pero esa circunstancia se presenta con independencia de su contenido que incluso puede ser perfectamente constitucional.

SANCION DE LA LEY

La sanción es un requisito esencial en el sentido de ser un trámite constitucionalmente ordenado, que debe cumplirse y por medio del cual el gobierno participa de la función del Congreso en la etapa final del período de expedición de la ley. La sanción que el gobierno imparte a los proyectos de ley es un deber que para nada incide en el contenido material de tales proyectos, carece del carácter sustantivo que la demandante le atribuye y comparte, por ende, la naturaleza formal de los diversos actos que integran el procedimiento orientado a la formación de las leyes, naturaleza que no sufre modificación por la sola circunstancia de que la tantas veces mencionada sanción sea cumplida por el gobierno y no por el órgano de representación popular.

CADUCIDAD DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

No procederá la Corte a verificar el cumplimiento de los referidos requisitos en la formación de la ley 83 de 1925, ya que es claro que, tratándose de aspectos formales, la acción de inconstitucionalidad ha caducado, pues habiendo entrado en vigencia la Carta de 1991 el 7 de julio de esa anualidad, se ha superado con creces el término de caducidad por ella dispuesto. Por tal motivo, en relación con este aspecto, la Corte se inhibirá.

TRANSITO CONSTITUCIONAL-Efectos de la cosa juzgada constitucional

Es evidente que por haberse efectuado su estudio a la luz de la Constitución de 1886, el artículo 11 de la ley 83 de 1925 estuvo amparado por los efectos de la cosa juzgada constitucional durante la vigencia de la Carta anterior, pero también lo es que ante la Constitución de 1991 no resulta viable sustraerlo del control de constitucionalidad aduciendo los efectos derivados del fallo citado, pues lo cierto es que una disposición declarada exequible bajo el imperio del Estatuto Fundamental derogado puede resultar contraria a la nueva preceptiva superior, y no siendo plausible en tal caso mantenerla dentro del ordenamiento jurídico, se torna indispensable comparar su contenido con las normas constitucionales vigentes al momento de realizar el análisis de constitucionalidad.

MONOPOLIO-Se establece por una ley ordinaria

De la mención que hace el artículo 336 de la Constitución de 1991 de "la ley que establezca un monopolio" no surge que el Constituyente haya plasmado una especial categoría normativa distinta de la ley ordinaria, por cuanto fuera de la alusión a la materia que debe ser regulada mediante ley, el Constituyente no se ocupó de establecer procedimientos o mayorías específicas para su expedición, ni previó un control de constitucionalidad distinto del que corresponde a las leyes comunes, como sí acontece, por ejemplo, con las estatutarias que constituyen una modalidad diferenciable del resto de las leyes.

TRANSITO CONSTITUCIONAL-Inconstitucionalidad sobreviniente

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido nítida al considerar que la vigencia de la Constitución de 1991 no trajo consigo la derogación en bloque de la legislación preexistente, legislación que, conforme a lo anotado, a lo sumo podría ser acusada de contrariar los nuevos preceptos superiores y, de acuerdo con esa jurisprudencia, en caso de comprobarse tal contradicción lo procedente es retirar la norma anterior a la Carta vigente, dada su inconstitucionalidad sobreviniente.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES EN MATERIA DE MONOPOLIO RENTISTICO/MONOPOLIO RENTISTICO-Debe ser autorizado por ley

En perfecta armonía con los textos constitucionales citados esta Corte ha aceptado que el establecimiento de los monopolios rentísticos y la fijación de su régimen por la ley no impide la delegación de algunos aspectos. El tema de los monopolios rentísticos guarda cierta similitud con la facultad que se le reconoce a las entidades territoriales para imponer contribuciones, sujetándose en todo caso a los dictados de la ley que crea o que simplemente autoriza esas contribuciones; sujeción a los marcos legales que resguarda el principio de legalidad e indica, a la vez, que esas entidades territoriales pese a gozar de la aludida facultad carecen de la soberanía fiscal, situación que, mutatis mutandis, es predicable tratándose del monopólio que ahora se examina, debido a que la ley lo autoriza, correspondiéndole a los departamentos proveer a su aplicación concreta sólo en atención a la ley que los autoriza para monopolizar la producción del alcohol impotable, competencia esta que no coloca los atributos propios de la soberanía en cabeza de los departamentos.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-No configura modelo federal

Las prerrogativas reconocidas a los departamentos y a las asambleas afianzan los principios de descentralización y autonomía de los entes territoriales sin que alcancen a configurar un modelo federal, dado que la consagración de estos principios se hizo bajo

el entendimiento de su coexistencia con el principio de unidad, que al igual que aquellos es estructural y sirve de marco al ejercicio de la descentralización y de la autonomía, resultando, a su turno, influido por ellas, pues a la luz de la Constitución de 1991 no es posible concebir la forma unitaria del Estado como un sinónimo de centralismo.

TRANSITO CONSTITUCIONAL-Organización, administración, control y explotación de monopolio

En lo atinente a la organización, administración, control y explotación del monopolio lo primero que debe advertirse es que no existía en la Constitución anterior una norma igual al inciso tercero del artículo 336 de la actual y que la exigencia de un régimen legal contentivo de todos estos aspectos en la Carta de 1991 no produce la inconstitucionalidad del artículo examinado, ya que la ley 83 de 1925 se limitó a autorizar el establecimiento de un monopolio por los departamentos y es ese el contenido llamado a ser juzgado frente a las normas constitucionales que no han sido contrariadas por esa simple autorización concedida por el legislador, no siendo válido que se llegue a la declaración de inconstitucionalidad con fundamento en consideraciones relativas a la insuficiencia de la norma o a la falta de previsiones no exigidas cuando fue expedida, omisiones estas que, por lo demás, no pueden ser subsanadas por la Corte Constitucional, ya que si a ello procediera invadiría la órbita funcional del legislador. Los monopolios diferentes al de los licores y al de los juegos de suerte y azar, establecidos antes de la Constitución de 1991 subsisten con posterioridad a ésta, sin que su existencia se hubiera visto cuestionada por la falta de la ley que regule todos los elementos exigidos por la nueva Carta Política, dado que la exigencia de esos elementos no comporta la inexequibilidad de una autorización legal a los departamentos para establecer el monopolio de la producción del alcohol impotable, autorización que, en sí misma, es plenamente ajustada a la Carta.

MONOPOLIO-Finalidad de interés público y social no debe estar consagrada expresamente en la ley

Con independencia de que en el texto constitucional de 1886 se aludiera o no al interés público o social, la noción de monopolio como arbitrio rentístico no era ni es separable de las finalidades de interés público y social, por cuanto las implica, dado que esas finalidades son las únicas capaces de justificar el sacrificio de derechos de contenido económico, tan caros al sector privado. Así las cosas, siendo la producción del alcohol impotable un monopolio en favor de los departamentos, el hecho de que el artículo 11 de la ley 83 de 1925 no se haya señalado expresamente una finalidad de interés público o social no significa que se abra la posibilidad de que esa finalidad esté ausente cuando un departamento decida establecer el monopolio y en caso de que en la práctica se llegara a establecer el monopolio desatendiendo esa exigencia, en virtud del carácter de norma suprema que tiene la Constitución, de sus efectos vinculantes y de su condición de norma aplicable, la incuestionable inconstitucionalidad de semejante medida daría lugar a la actuación de los remedios previstos en el ordenamiento jurídico. Se atiende al tenor literal del artículo 336 superior, la disposición constitucional exige que el establecimiento del monopolio se haga como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público y social que fuera de estar presente ha de ser constatable; empero, en estricto sentido la norma no erige en requisito formal sine qua non que esa finalidad deba estar consagrada expresamente en la ley; de ahí que lo importante sea la existencia verdadera de esa finalidad pública y social y no su simple mención legal.

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Análisis constitucional debe darse en abstracto

El juicio de constitucionalidad comporta la comparación de una disposición infraconstitucional con la preceptiva constitucional, cotejo efectuado en abstracto y del cual se deriva la conformidad o inconformidad de la disposición inferior con la superior, de modo que, en casos como el abordado, la Corte no tiene por qué entrar a verificar situaciones o hechos extraños al contenido de la disposición acusada, ya que es este contenido el que se examina a la luz de la Carta y el que es susceptible de contrariar los postulados superiores. Constituiría un despropósito disponer el retiro del artículo 11 de la ley 83 de 1925 del ordenamiento jurídico luego de haber sorteado con éxito el examen de constitucionalidad, por la sola consideración de las implicaciones que su aplicación práctica haya podido producir, implicaciones o vicisitudes que no hacen parte de su contenido y que, en el supuesto de llegar a comprobarse, tienen correctivos jurídicos distintos a la acción pública de inconstitucionalidad.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-No se aplica a leyes anteriores a 1968

Antes de la reforma constitucional de 1968 el legislador no se hallaba vinculado a la observancia del principio de unidad de materia por no haber norma superior que así se lo ordenara, y esa circunstancia no es irrelevante cuando se examina la constitucionalidad de una ley anterior a la Carta de 1991 por la posible violación del mentado principio. Si es posterior a 1968, se impone la declaración de inconstitucionalidad, mientras que en el segundo evento lo que le corresponde a la Corte Constitucional es declararse inhibida, pues frente a una disposición expedida al amparo de un orden constitucional en que el legislador no estaba limitado por la urgencia de acatar el principio de unidad temática, carece de todo sentido proceder a cotejarla con la preceptiva constitucional que con posterioridad exigió la observancia del referido principio y más absurda resultaría la comparación de esa disposición con un ordenamiento superior que no limitaba el cumplimiento de las tareas legislativas al acatamiento del principio de unidad temática.

ACUERDO DE CARTAGENA/DERECHO COMUNITARIO-Derecho primario y secundario

El Acuerdo de Cartagena es un tratado internacional que hace parte del derecho comunitario andino pero que no es todo el derecho comunitario andino, dado que éste "no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto", cuyas decisiones "son obligatorias desde el mismo momento de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Así mismo debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales".

PREVALENCIA DE TRATADOS INTERNACIONALES-Alcance

Es indispensable advertir que en materia de prevalencia de tratados internacionales en el orden interno, el artículo 93 de la Constitución establece la de los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los

estados de excepción; sin que sea dable sostener que esa prevalencia tiene el alcance de la supraconstitucionalidad, porque, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, la Constitución es "norma de normas", y al armonizar ese mandato con lo preceptuado por el artículo 93 superior resulta que "el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad', cuyo respeto se impone a la ley".

DERECHO COMUNITARIO Y TRATADOS DE INTEGRACION-No prevalecen sobre Constitución/**DERECHO COMUNITARIO**-Se adopta por ley ordinaria

Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc. No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria, ya que la aprobación de los tratados por el Congreso se lleva a cabo mediante una ley ordinaria, de modo que, analizadas las cosas desde la perspectiva del juicio de constitucionalidad, las presuntas contradicciones entre la ley y el derecho comunitario andino no generan la declaración de inexequibilidad, cuyo presupuesto es la inconformidad de una norma inferior con otra superior y no con otra de la misma jerarquía o proveniente de algún órgano comunitario.

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No procede para resolver contradicciones entre normas nacionales y el derecho comunitario

El juicio de constitucionalidad de una norma de derecho interno es una cuestión diferenciable a)de la constatación de contradicciones entre norma nacionales y el derecho comunitario y b) del incumplimiento de normas del derecho comunitario andino(i); que la declaración de inexequibilidad de una ley corresponde a la Corte Constitucional en tanto que a) la verificación de posibles contradicciones entre el derecho nacional y el ordenamiento supranacional es un asunto que concierne a otras autoridades y no a la Corte Constitucional encargada de examinar si una ley colombiana se ajusta o no a la Constitución y b) ante el incumplimiento de la norma supranacional constatado por un órgano igualmente supranacional, es el Gobierno nacional el llamado a introducir los correctivos indispensables por orden del organismo supranacional que verifique el incumplimiento (ii) y, finalmente, que, dentro de este orden de ideas, la declaración de inexequibilidad comporta el retiro de la norma contraria a la Carta del ordenamiento jurídico interno, mientras que la oposición de una norma del derecho nacional con una que pertenezca al derecho comunitario no trae como obligada consecuencia la derogación o el retiro de la norma de derecho interno.

MONOPOLIO-No puede ser prohibido por vía de tratado público/**TRATADO PUBLICO**-No es mecanismo idóneo para reformar la Constitución

La ley aprobatoria de un tratado, y el tratado mismo, no puede ser la vía expedita para que el propio legislador consienta en inhibir las funciones que se le atribuyan en vista de los propósitos que signan el Estado Social de Derecho. Legitimar esos instrumentos como mecanismos idóneos para reformar la Carta, desvirtuando sus fines y paralizando las

competencias que en función de ellos se han distribuido, equivale, ni más ni menos, que a desdibujar la forma de Estado que en buena hora decidió plasmar el Constituyente del 91, y por caminos tortuosos que no son precisamente los que la misma Constitución estableció para su reforma. Es válido sostener que la implementación de la supranacionalidad y de la integración no despojan al Estado colombiano de la facultad constitucional de buscar el interés público y social valiéndose de la constitución de un arbitrio rentístico, posibilidad reconocida en el ordenamiento supremo como uno de los medios de realizar los fines del Estado Social de Derecho, que siendo un principio superior del ordenamiento constitucional, debe ser preservado en la fase de ejecución del acuerdo comunitario andino.

MONOPOLIO SOBRE PRODUCCION DE ALCOHOL IMPOTABLE-
Constitucionalidad

La figura del monopolio no es en sí misma contraria a las ideas de supranacionalidad e integración (i) que la autorización dada a los departamentos para establecer el monopolio de la producción del alcohol impotable tiene soporte en la Constitución de 1991 que en la parte referente a los monopolios tampoco se halla en contradicción con normas supranacionales (ii), que las contradicciones a las que alude la demandante, de llegar a comprobarse, no se presentan entre la norma legal que autoriza el establecimiento del monopolio y algunas normas del derecho comunitario sino entre éstas y la manera como los departamentos proceden en la práctica a establecer el monopolio (iii), que siendo así, conviene insistir en la tesis planteada por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de diciembre 1° de 1927 en el sentido de que "una cosa es la facultad para el establecimiento del monopolio, encontrada conforme con la Carta, y otra la aplicación práctica, la ejecución de la ley", ejecución que escapa al control ejercido por la Corte Constitucional y que cae en la órbita competencial de otras autoridades nacionales o de órganos comunitarios.

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE EMPLEADOS PUBLICOS-Fijación por ley

La Carta radica en el Congreso la facultad de dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos", indicado que "estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas".

Referencia: Expediente D-1884

Acción Pública de Inconstitucionalidad en contra la ley 83 de 1925, "Por la cual se provee a la reparación de unas vías públicas y se dictan disposiciones sobre caminos y puentes".

Actora: María Carolina Rodríguez Ruiz

Magistrado Ponente: Doctor FABIO MORON DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, la ciudadana María Carolina Rodríguez Ruiz, solicitó a esta Corporación la declaración de inexequibilidad de la Ley 83 de 1925, "Por la cual se provee a la reparación de unas vías públicas y se dictan disposiciones sobre caminos y puentes".

Por auto del 7 de noviembre de 1997, el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda, ordenó su fijación en lista, el traslado del expediente al señor Procurador General de la Nación, para efectos de recibir el concepto de su competencia, y el envío de las comunicaciones respectivas al señor Presidente de la República, a los señores Ministros del Interior, de Hacienda y Crédito Público, del Transporte, de Salud, y al Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, al Decano de la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional de Colombia, para que, en caso de estimarlo oportuno, intervinieran en el proceso.

Una vez cumplidos todos los trámites indicados para esta clase de procesos de control de constitucionalidad, procede la Corte a pronunciar su decisión.

II. EL TEXTO DE LA LEY ACUSADA

El texto de las disposiciones acusadas en la demanda es el siguiente:

"LEY 83 DE 1925

(Noviembre 18)

"Por la cual se provee a la reparación de unas vías públicas y se dictan disposiciones sobre caminos y puentes.

"El Congreso de Colombia decreta:

"Artículo 1°. Destínase hasta setenta mil pesos ($70.000) para la completa reparación de la carretera que une los puertos del río Magdalena denominados Arrancaplumas y Caracolí, de que hace parte el puente Agudelo, de la ciudad de Honda.

"Parágrafo. Destínase además la suma de veinte mil pesos ($20.000) para la reconstrucción de la carretera comprendida entre los puertos denominados Bodegas de Bogotá y Puerto Ferreira, sobre el río Magdalena.

"Artículo 2°. El Gobierno tomará a su cargo los trabajos de reparación de que trata el precedente artículo, y a efecto de que los lleve debidamente a cabo, se le faculta para abrir al Presupuesto de la vigencia en curso, con prescindencia de los requisitos establecidos por la ley 34 de 1923, pero sin exceder la cantidad que se deja destinada, los créditos extraordinarios que fueren del caso.

"Artículo 3°. Desde la vigencia de esta Ley queda terminantemente prohibido el cobro de impuestos de peaje y pontazgo, nacionales, departamentales y municipales en todas las vías y puentes de carácter nacional.

"Artículo 4°. En las vías departamentales que reciban auxilios del Tesoro Nacional no se podrá cobrar peajes ni pontazgos.

"Artículos 5°. En lo sucesivo la Nación hará los gastos de conservación del camino que une el interior del Departamento de Nariño con el puerto fluvial de Barbacoas.

"Artículo 6°. En caso de que antes del 20 de julio de 1926, fuere necesario adquirir para el dominio ferroviario nacional alguna vía férrea -con el fin de atender al gasto que tal adquisición demande- podrá el Gobierno abrir a la Ley de Apropiaciones el crédito necesario, sin necesidad de llenar otras formalidades que la aprobación del Consejo de Ministros.

"Artículo 7°. En la tasación y recaudación del impuesto sobre la renta se establece una exención de cuatrocientos pesos ($400) para toda persona soltera, o casada que no viva con su cónyuge y una de seiscientos pesos ($600) para el casado que viva con su cónyuge.

"El marido y la mujer que vivan juntos, sólo gozarán de una exención total de seiscientos pesos ($600) sobre sus rentas sumadas. Se hace una exención adicional de cincuenta pesos ($50) por cada persona que no sea el cónyuge y que reciba del contribuyente su principal apoyo y dependa de él, si dicha persona es menor de veintiún años o incapaz de sostenerse por deficiencia física o mental. Queda derogado el artículo 81 de la 31 de 1925 y toda disposición que sea contraria a la presente.

"Artículo 8°. Declárase días de fiesta nacional en la ciudad de Medellín el 22, el 23 y el 24 de los corrientes en los cuales se conmemorará en aquella ciudad el 5°. cincuentenario de su fundación.

"Artículo 9°. Autorízase a las Asambleas Departamentales para decretar pensiones a favor de los deudos de los ciudadanos que como Alcaldes o funcionarios de policía recibieren muerte violenta a consecuencia del desempeño de sus deberes.

"Artículo 10. El numeral 225 de la Tarifa de Aduanas (ley 117 de 1913), quedará, así:

"Gotas amargas, amargos y semejantes, con excepción de los ajenjos que son de prohibida introducción, tres pesos ($3). Queda así interpretado el artículo 1° de la ley 102 de 1923.

"Artículo 11. Autorízase a los Departamentos para monopolizar la producción del alcohol impotable. Estos productos no podrán tener un precio mayor de treinta centavos ($0,30) por litro.

"Artículo 12. Abrese a la Ley de Apropiaciones de la actual vigencia económica el siguiente crédito adicional.

"MINISTERIO DE INDUSTRIAS

"CAPITULO 45

"Gastos Varios

"Para pagar al Secretario de la Comisión Interparlamentaria de Asuntos Sociales y Fomento de la Agricultura por sus servicios prestados en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 1924, novecientos pesos ($900).

"Artículo 13. El Gobierno incluirá en la Ley de apropiaciones de la vigencia de 1926 la cantidad de ciento un mil cuatrocientos cuatro pesos ($101.404), para pagar los sueldos del personal de los empleados establecido por la ley del corriente año, que crea unos Circuitos Judiciales, varios Juzgados y unas plazas de Magistrados en varios Tribunales, y para pagar el auxilio del Asilo de Mendigos de Tunja, de acuerdo con la respectiva ley de 1925.

"Artículo 14. Autorízase al Gobierno Nacional para adquirir el lote de terreno situado al frente del Teatro de Colón, con el fin de que se construya una plazoleta y se ensanche el Palacio de San Carlos. El contrato que se celebre en cumplimiento a lo dispuesto en este artículo sólo necesita para su validez de la aprobación del Consejo de Ministros.

"Artículo 15. Reconócese a favor del señor Carlos J. Gaviria y a cargo del Fisco Nacional la suma de mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos cuarenta y ocho centavos ($1.446-48) por honorarios que le corresponden en virtud de gestiones de cobro verificadas por dicho señor Gaviria de acuerdo con el contrato de 5 de enero de 1923, celebrado con el Superintendente de Impuestos Nacional y aprobado por el Gobierno Ejecutivo.

"Artículo 16. Para devolver al Municipio de Quimbaya la suma que depositó para la instalación de una Oficina Telegráfica que el Gobierno gastó y ordenó devolverle, doscientos cincuenta pesos ($250).

"Artículo 17. Prorróganse hasta el 20 de julio próximo las facultades conferidas al Gobierno Nacional por el artículo 4° de la ley 5ª de 1925.

"Esta disposición regirá desde la sanción de la presente ley.

"Artículo 18. De las partidas que se asignen para el Ministerio de Guerra en la ley de Apropiaciones, destínase anualmente la suma de quince mil pesos ($15.000), para estimular el mejoramiento de la raza de ganado caballar en el país, teniendo en cuenta especialmente las necesidad del Ejército de la República.

"Esta suma se invertirá en premios concedidos a los criadores, o dueños de caballos, en las exposiciones y carreras de caballos, que al respecto se organizarán anualmente en aquellas ciudades del país que se crea más conveniente, y en la forma que el Gobierno crea más adecuada para lograr el fin que se busca con este artículo.

"Artículo 19. Para pagar al Departamento de Boyacá la suma hasta de ciento seis mil cuatrocientos ochenta y tres pesos treinta y cuatro centavos ($106,483-34) y trece mil quinientos diez y seis pesos sesenta y seis centavos ($13.516-66) por deuda de la Nación al Departamento, provenientes por los gastos hechos por Boyacá en la carretera del Carare en el presente año, el Gobierno Nacional incluirá dichas partidas en el Presupuesto de la próxima vigencia:

"Artículo 20. De la partida votada en el Presupuesto para la sanificación de puertos, se tomará la suma necesaria para dar cumplimiento a la Ley 21 de 1924.

"Artículo 21. Esta ley regirá desde su sanción.

"Dada en Bogotá a diez y seis de noviembre de mil novecientos veinticinco".

III. LA DEMANDA

Habida cuenta de que en el acápite correspondiente a las consideraciones de la Corte se hará puntual referencia a los cargos planteados por la actora, para responderlos, ahora se hará un breve resumen de la demanda.

Según la actora la ley cuestionada viola los artículos 59 y 122 de la Constitución de 1886 por no llevar la firma de todos los Ministros que a su juicio correspondían, según las materias reguladas y, por la misma razón vulnera los artículos 115, 157-4 y 165 de la Constitución vigente. Afirma la demandante que el vicio anotado no es de forma, por lo cual, a su juicio, no opera la caducidad de la acción de inexequibilidad y por lo tanto la Corte Constitucional puede examinar su contenido.

De otra parte, estima la demandante que el artículo 9 vulnera el artículo 150, numeral 19, literales e) y f), y el art. 299, de la Carta, debido a que ya que autoriza a las Asambleas Departamentales para decretar pensiones, siendo que esa materia debe ser regulada por el legislador y no es objeto de delegación en las corporaciones locales.

También considera la actora que los artículos 7°, 9°, 10, 11 y 18 de la ley 83 de 1925 quebrantan el principio de unidad temática consagrado en los artículos 158 y 169 de la Constitución de 1991, pues no guardan una relación causal, temática y teleológica con las materias reguladas en la ley.

La mayoría de las acusaciones formuladas atacan la constitucionalidad del artículo 11 de la ley 83 de 1925, en cuanto autoriza a los departamentos para monopolizar la producción del alcohol impotable.

En criterio de la demandante, el artículo 11 acusado viola el artículo 31 del acto legislativo No. 3 de 1910, en la medida en que autorizó el establecimiento del monopolio de la producción del alcohol impotable en favor de los Departamentos, a pesar de encontrarse vigentes dos leyes que habían declarado la libertad tanto de la producción como de la comercialización (Ley 84 de 1916 y Ley 88 de 1923) y por ser necesaria la expedición de una "ley especial" para restablecer el monopolio.

Igualmente, considera la actora que el artículo 11 de la ley 83 de 1925 desconoce el preámbulo y los artículos 3, 150-12 y 336 de la Constitución vigente, porque el establecimiento de los monopolios es una competencia que el legislador no puede delegar en las asambleas departamentales sin desconocer el principio unitario y, además, porque, en su criterio, a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991 no pueden subsistir monopolios distintos a los mencionados en el artículo 336 superior y cualquiera otro requiere de la expedición de la "ley especial" a la que alude ese artículo.

Considera también la demandante que el monopolio autorizado por el artículo 11 no persigue un verdadero interés público o social, conclusión a la que llega luego de referirse a factores tales como el encarecimiento de los productos que requieren el alcohol impotable para su fabricación, la corrupción administrativa, la quiebra de las industrias licoreras del país, la falta de rentabilidad y los altos costos en que se incurre para producir alcohol impotable, etc..

Finalmente, añade la demandante que el artículo 11 de la ley 83 de 1925 vulnera los artículos 150-16 y 227, así como el preámbulo de la Constitución; los artículos 41 a 46 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 27 de la Convención de Viena, ya que la norma demandada, al autorizar el establecimiento del monopolio de la producción del alcohol impotable, limita el libre comercio entre los países miembros del pacto andino, introduce restricciones contrarias al programa de liberación del Acuerdo y propicia un tratamiento tributario desigual que otorgan los departamentos a los alcoholes provenientes de los países miembros del pacto andino.

IV. INTERVENCIONES OFICIALES

1. Del Ministro de Hacienda y Crédito Público

Dentro del término legal intervino el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuyo apoderado solicitó a la Corporación declarar exequible el artículo 11 de la Ley 83 de 1925 e inhibirse en relación con las demás normas objeto de cuestionamiento.

En cuanto a la firma de los ministros, opinó el interviniente que no se trata de un vicio de fondo como lo sugiere la acusadora, sino de forma, por cuanto, así surge de la lectura del artículo 157 de la Constitución Política de 1991, el cual prescribe precisamente que para que un proyecto de ley sea norma requiere la sanción del Gobierno. En consecuencia, por tratarse de una irregularidad en su expedición, el término para incoar la acción respectiva de inconstitucionalidad es de un año y ya feneció. No obstante lo anterior, opina el apoderado que la única hipótesis en la cual proceden las firmas de todos los ministros como requisito formal es el caso de los decretos expedidos con ocasión de los estados de excepción.

De otra parte, acerca del principio de unidad de materia, opina el interviniente que no se puede dirigir este cargo contra la ley, por cuanto al tiempo en que se expidió la norma cuestionada no existía en la Constitución ese principio, que sólo fue incorporado por virtud de la reforma constitucional de 1968, situación que desvirtúa el planteamiento de la actora.

Con respecto al monopolio de la producción del alcohol impotable, el apoderado indica que el artículo 11 de la Ley 83 de 1925 no es más que el desarrollo de lo establecido en el

artículo 4 del acto legislativo No. 3 de 1910, y en tal sentido, el artículo cuestionado derogó, en lo pertinente, las leyes 84 de 1916 y 88 de 1923, que declaraban libres en el territorio nacional la producción y comercialización del alcohol impotable; por lo tanto, como quiera que la ley 83 de 1925 estableció un monopolio rentístico en esta materia, a su juicio, no se requiere una ley especial distinta de la anterior para radicar en cabeza de los departamentos el establecimiento del monopolio comentado.

Apunta el interviniente que los anteriores argumentos fueron compartidos por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1o. de diciembre de 1927 y señala, adicionalmente, que es desacertada la afirmación de la demandante en el sentido de que se viola el artículo 150-12 superior, pues el arbitrio rentístico previsto en la ley, no tiene la naturaleza jurídica de los tributos, a los que se refiere la disposición constitucional mencionada.

Respecto al interés público o social estima el apoderado que el argumento conforme el cual la supuesta ineficacia en el manejo del monopolio niega ese interés y conculca el artículo 336 de la Carta Política, no es de recibo, porque el interés aludido no se relaciona con la forma como funciona el monopolio sino con la destinación de sus rentas y las necesidades que procura satisfacer. Fuera de lo anterior el interviniente recuerda que algunos de los elementos exigidos por la actual Constitución no estaban previstos cuando se expidió la ley cuestionada.

Finalmente, en relación con las disposiciones supranacionales y las normas cuestionadas, sostiene el interviniente que la Corte "no es competente para conocer de acciones de inexequibilidad donde se controvierta la constitucionalidad de disposiciones del derecho interno en relación con normas del derecho internacional, distintas de aquellas que tengan como objeto los derechos humanos".

2. **Intervención de la Universidad Nacional**

Mediante auto del 7 de Noviembre de 1997, el despacho del magistrado Sustanciador solicitó al Decano de la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional de Colombia, que si lo estimaba pertinente, se pronunciara sobre algunos puntos de orden técnico solicitados por la demandante.

En la oportunidad legal respectiva, el Decano de la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional de Colombia se pronunció mediante comunicación No. 025042 (oficio No. 516) del 10 de Noviembre, informe cuyo contenido obra a folios 148 a 155 del expediente.

3. **Intervención del Ministro de Transporte**

El Ministro del Transporte, mediante apoderado, intervino en el proceso y presentó un escrito destinado a justificar la constitucionalidad de las normas acusadas.

En relación con la firma de los ministros, anotó el apoderado que no hay que olvidar que bajo el régimen constitucional anterior, el presidencialismo que imperó concentraba en el Presidente los atributos de la autoridad y del poder, tal como se apreciaba a propósito de la función consagrada en el art. 78 superior, consistente en sancionar los proyectos de ley; por lo tanto, la forma de expedición de la Ley 83 de 1925, sancionada por el máximo representante de la rama ejecutiva cumplió con el presupuesto exigido para su expedición, resultando inexistente el vicio señalado por la actora.

En cuanto a la violación del artículo 31 de la Constitución de 1886, apunta el interviniente que es el mismo artículo constitucional el que autoriza la creación de monopolios rentísticos mediante la ley, requisito que cumple el artículo 11 cuestionado.

Luego de analizar los cargos con relación a la Carta de 1886, el interviniente se centra en hacer la defensa de la normatividad cuestionada frente a la Carta Magna de 1991, solicitando

a la Corporación que declare la caducidad de los vicios de procedimiento alegados como presupuesto de la violación de los artículos115, 157-4 y 165.

Según el interviniente, la actora crea un sofisma al pretender fraccionar el proceso de expedición de la ley distinguiendo lo que le corresponde al Congreso de lo que atañe al Gobierno con la finalidad de conferirle a la sanción el carácter de vicio de fondo, planteamiento que no es acertado, ya que el artículo 157 superior prescribe que para que un proyecto de ley se convierta en ley se necesita la sanción del gobierno, sanción que, en consecuencia es un requisito de forma.

De otra parte, estima el apoderado del señor ministro de transporte que tampoco es acertado hacer creer que el artículo 9 de la ley 83 de 1925 viola el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) y el artículo 299 de la Constitución vigente, porque la disposición acusada encuentra fundamento constitucional en lo establecido por el artículo 300 numerales 2° y 11, ya que el reconocimiento previsto "no constituye prestación social pero sí amparo para los descendientes de los servidores departamentales".

A juicio del apoderado, el artículo 11 de la Ley 83 de 1925 no es contrario a los artículos 1, 3, 150 numeral 12 y 19, 287, 298, 299 y 336 superiores, ya que, al delegar en los entes territoriales departamentales la creación de un monopolio sobre la producción del alcohol impotable "no existe traslado de función legislativa alguna".

Argumenta el interviniente que el artículo 336 de la Constitución Política "no consagra la expedición de una ley de naturaleza especial para la constitución de los monopolios" y en lo atinente al interés público, luego de efectuar un análisis de los cargos formulados en la demanda, concluye que "el interés público o social que anima a una ley de establecimiento de monopolio, como categoría axiológica no es desvirtuable a partir de factores exógenos al texto legal, que tienen incidencia por concurrir al escenario de la realidad social en el que se pretende aplicar la ley, pero no son inmanencias del contenido teleológico de la disposición".

En cuanto a la vulneración del principio de "unidad de materia", el interviniente defiende la constitucionalidad de la norma examinada, señalando que ella "tiene cohesión temática delineada a través de los tópicos de la economía departamental, del presupuesto y los planes de desarrollo".

Por último, indica el apoderado que el artículo 11 acusado no viola las normas supranacionales invocadas por la demandante, ya que su ámbito de regulación es el monopolio de la producción del alcohol impotable y no "la actividad comercial del producto" regulada por otras normas que en caso de generar desequilibrios deben ser atacadas por las vías dispuestas para tal efecto, sin que ello incida en la constitucionalidad del artículo11 de la ley 83 de 1925 "cuyo ámbito de aplicación es la producción del alcohol impotable y no su comercio, contexto al interior del cual no consagra limitante ninguna de la oferta y de la demanda del producto...".

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, mediante oficio No. 1467 de 19 de diciembre de 1997, rindió su concepto, solicitando a la Corporación que se declare inhibida para conocer los cargos de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Ley 83 de 1925, pues sus mandatos se han ejecutado en el tiempo, toda vez que se trata de disposiciones que cumplieron su cometido después de haber sido promulgadas, y por esta razón, en opinión del señor Procurador, el control de

constitucionalidad resulta inocuo, toda vez que la finalidad de esta clase de análisis es la de determinar si los preceptos demandados se ajustan a la Carta Política.

A juicio del señor Procurador General de la Nación, la Corte debe únicamente estudiar la constitucionalidad del artículo 11 de la ley 83 de 1925, respecto del cual solicita que se declare exequible con el argumento de que no viola el ordenamiento superior, ya que el Estado, en ejercicio de su soberanía fiscal, tiene la facultad de establecer monopolios con el objeto de costear los gastos que demande el funcionamiento de la administración pública.

Estima el señor Procurador que el artículo 31 de la Constitución anterior radicaba en el legislador la competencia para crear monopolios como arbitrios rentísticos, al igual que lo hace el artículo 336 superior vigente, pero sujetando el ejercicio de dicha atribución a la iniciativa gubernamental.

Para el señor Procurador el precepto acusado, que autorizó a los departamentos para monopolizar la producción de alcohol impotable se ajusta a lo establecido en la norma de normas, ya que el legislador otorgó a los entes territoriales citados el monopolio en la elaboración de este compuesto químico, con la finalidad de proveer a los departamentos de los recursos necesarios para prestar los servicios públicos que tienen a su cargo.

Además, la disposición objeto de examen no contradice lo dispuesto por el Constituyente, toda vez que el artículo 150-5 de la Constitución establece que el Congreso puede conferirle atribuciones especiales a las asambleas departamentales para regular el funcionamiento del arbitrio rentístico, en la respectiva entidad territorial, sin que estos organismos puedan válidamente arrogarse la facultad legislativa de crear el respectivo monopolio, criterio respaldado por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de diciembre 1 de 1927.

De otra parte, señala el Procurador General de la Nación que no es acertado afirmar que la normatividad no cumple con el principio constitucional de "unidad de materia", como lo sostiene la demandante, ya que cuando se expidió la ley en comento, no existía el enunciado consagrado hoy en el artículo 158 superior, y así, atendiendo al aforismo latino *locus regit actum y tempus regit actum,* lo que estuvo válidamente expedido, conforme a la normatividad superior vigente al tiempo de su emisión, no puede devenir inconstitucional frente al nuevo Texto Fundamental.

Finalmente, señala la vista fiscal que el cargo referente a la firma de los Ministros es inaceptable, porque en armonía con lo establecido en el art. 242-3 de la Carta Política, es claro que los reproches por vicios de forma solamente pueden formularse en el término de un año, contado a partir de la publicación del respectivo acto y en este sentido la ley fue publicada en el diario oficial No. 20055 del 23 de noviembre de 1925, con lo cual de suyo ya caducó la acción.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda formulada en contra de la ley 83 de 1925, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Carta Política.

Segunda. La materia

Se ocupará la Corte de examinar los cargos formulados en contra de la constitucionalidad de la ley 83 de 1925 siguiendo el orden del libelo demandatorio, que fue dividido por la actora en tres partes, referentes a violaciones de la Constitución de 1886, de la Constitución de 1991 y de "normas superiores de carácter supranacional".

1. Cargos por violación de la Constitución de 1886 y de la Constitución de 1991

1.1. El proceso formativo de las leyes y la sanción del gobierno

A juicio de la demandante, la ley cuestionada, "por la cual se provee a la reparación de unas vías públicas y se dictan disposiciones sobre caminos y puentes", desconoció los artículos 59 y 122 de la Carta Política de 1886, relativos a la integración del gobierno, pues habiéndose ocupado de muy distintas materias, al momento de ser sancionada no concurrieron a suscribirla todos los ministros que, de acuerdo con los temas tratados, han debido firmarla.

Similar reparo se plantea frente a la Constitución de 1991, cuyos artículos 115, 157-4 y 165 serían los quebrantados, advirtiéndose en la demanda que no se trata de vicios formales, por cuanto, en criterio de la actora, una cosa es el proceso de formación de las leyes en el Congreso de la República y otra la sanción posterior que en ejercicio de su "función administrativa" cumple el gobierno, etapa esta última diferente del "proceso legislativo", a punto tal que los vicios que durante ella pudieren producirse subsisten y no generan la caducidad de la acción de inconstitucionalidad.

Conviene recordar que entre las numerosas nociones que de la Constitución se han dado, existe una que define el Estatuto Superior del Estado como la fuente de las fuentes del derecho o norma normarum del ordenamiento jurídico, por cuanto pretende ordenar la génesis del derecho, estableciendo, por ejemplo, cuáles son los actos normativos capaces de innovar el ordenamiento, cuáles son los órganos o sujetos con capacidad para producirlos y con arreglo a qué procedimientos, cuál es el valor de las normas creadas y cuál es su posición dentro del sistema de las fuentes del derecho.

De ahí que únicamente sean válidas las normas dictadas según lo dispuesto por la Constitución, esto es, atendiendo las competencias y los trámites fijados en ella para tal efecto.

Tratándose de las leyes, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de 1886 y en la actualmente vigente, el órgano legislativo es el llamado a producirlas siguiendo un procedimiento en el que, además de las labores encomendadas al Congreso, se le han atribuido al gobierno las funciones de presentar proyectos en ciertas materias, formular objeciones cuando sea del caso, sancionarlas y promulgarlas.

Así pues, por clara manifestación del poder Constituyente, los trámites surtidos en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes no agotaban bajo el imperio de la Constitución derogada y tampoco ahora agotan el proceso de formación de las leyes.

A la luz de la Carta de 1886 y de la de 1991, no resulta válido, entonces, escindir las etapas que el Constituyente consagró como integrantes de un mismo proceso y como manifestación de la colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público, para predicar que el proceso legislativo sólo se halla conformado por las funciones que cumple el Congreso de la República y no por las que atañen al Gobierno.

Limitar el proceso de producción normativa a los trámites que se adelantan en el Congreso de la República habría implicado bajo el imperio de la Constitución derogada e implicaría al tenor de lo preceptuado en la actual, no sólo desmembrar lo que fue plasmado bajo una concepción unitaria, sino despojar de su sentido a las disposiciones constitucionales atinentes a las funciones reconocidas al Gobierno.

Difícil sería aceptar que la iniciativa de los proyectos cuya presentación se reserva exclusivamente al Gobierno no hace parte del proceso legislativo, por la simple razón de que los proyectos no tienen origen en las Cámaras sino en el Gobierno.

En lo que hace a la sanción, cabe destacar que con independencia de algunas reformas introducidas al proceso de formación de las leyes, desde su redacción original la Constitución de 1886 contenía la regla recogida por la carta de 1991, según la cual, ningún proyecto será ley, "sin haber obtenido la sanción del gobierno".

Tanto en la jurisprudencia anterior a la Carta de 1991, como en la producida con posterioridad a ella se ha aceptado que la "sanción de un proyecto de ley es el acto mediante el cual el Gobierno lo aprueba, y da fe de su existencia y autenticidad", acto que "constituye un requisito esencial que pone fin al proceso formativo de la ley..."[1]

Tanto es cierto lo anterior que al proyecto que ha superado todos los trámites en el Congreso de la República, ni en la Constitución de 1886 ni en la de 1991 se le denomina ley, ya que en ambas se continúa hablando de un proyecto que el ejecutivo puede objetar y que, en caso de no objeción o de improsperidad de las objeciones formuladas, debe ser sancionado por el Gobierno o, en su defecto, por el Presidente del Congreso.

Ahora bien, la sanción es un requisito esencial en el sentido de ser un trámite constitucionalmente ordenado, que debe cumplirse y por medio del cual el gobierno participa de la función del Congreso en la etapa final del período de expedición de la ley. Empero, es pertinente detenerse en el alcance de esa participación, ya que si bien constituye un paso más en el proceso legislativo no convierte al gobierno en colegislador, pues la cotitularidad del poder legislativo, propia de las monarquías constitucionales decimonónicas que radicaban la potestad de hacer las leyes en la representación popular y en el rey, resulta extraña en una república como la organizada en las constituciones de 1886 y de 1991.

La sanción, en consecuencia, no implica decisión de ninguna índole sobre el contenido del proyecto de ley aprobado por las cámaras, ya que lejos de fijar o determinar ese contenido lo que le corresponde al Presidente de la República es "atestiguar la idoneidad del acto y la regularidad en cuanto al cumplimiento de los trámites cumplidos en su expedición"[2], dando fe "de su existencia, libre de la suspensión de resultados que causan las objeciones presidenciales y trámites subsiguientes"[3].

Tampoco concierne al ejecutivo por virtud de la sanción otorgar un consentimiento para que el proyecto debatido y aprobado por el Congreso pueda finalmente convertirse en ley, dado que la sanción constituye una especie de acto debido al que ha de proceder el presidente por mandato constitucional, que era perentorio en la Carta de 1886 y sigue siéndolo en la actual.

En efecto, se señalaba en la Carta derogada y se señala en la que ahora rige que si transcurren los términos previstos sin que se hayan formulado objeciones a un proyecto de ley, el presidente "deberá sancionarlo"; así mismo ambos textos constitucionales son claros al indicar que en caso de haberse presentado objeciones por motivos de inconveniencia el Presidente "sancionará", sin poder presentar nuevas objeciones el proyecto que reconsiderado, "fuere aprobado por la mitad mas uno de los miembros de una y otra cámara" y, tratándose de objeciones por motivos de inconstitucionalidad, se lee en las dos constituciones que el fallo del órgano encargado de efectuar el control de constitucionalidad "obliga al Presidente a

---

[1] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-084 de 1996. M.P. Doctor Carlos Gaviria Díaz.

[2] Cf. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de mayo 25 de 1981.

[3] Cf. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de junio 3 de 1976. M.P. Doctor José Gabriel de la Vega.

sancionar la ley", y también coinciden la Carta derogada y la vigente al indicar que si el Presidente no cumple "el deber" de sancionar las leyes, en los términos y condiciones establecidas, "las sancionará y promulgará el Presidente del Congreso".

Así las cosas, por cuanto la sanción que el gobierno imparte a los proyectos de ley es un deber que para nada incide en el contenido material de tales proyectos, carece del carácter sustantivo que la demandante le atribuye y comparte, por ende, la naturaleza formal de los diversos actos que integran el procedimiento orientado a la formación de las leyes, naturaleza que no sufre modificación por la sola circunstancia de que la tantas veces mencionada sanción sea cumplida por el gobierno y no por el órgano de representación popular.

En resumidas cuentas, los actos cumplidos por el Congreso y los realizados por el gobierno integran un solo procedimiento compuesto por etapas formales a cargo de distintas instancias y cuyo resultado final es la ley que, vista desde la perspectiva analizada, es un acto jurídico de carácter formal, que es válido en la medida en que se hayan respetado las condiciones esenciales fijadas en la Carta para su expedición.

Es cierto que la inobservancia del procedimiento afecta la validez de la norma, pero esa circunstancia se presenta con independencia de su contenido que incluso puede ser perfectamente constitucional, por ello, la Constitución Política vigente, dentro de un principio de conservación del derecho, dispone que "Cuando la Corte encuentre vicios 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" y adicionalmente, establece que "las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto" (C.P. arts. 241 parágrafo y 242-3).

En reiterada jurisprudencia esta Corte ha sostenido que al examen de forma de las leyes sometidas a su control ha de procederse no con fundamento en el texto vigente al momento de efectuar el análisis, sino con base en los textos vigentes al momento de su expedición.

Sin embargo, no procederá la Corte a verificar el cumplimiento de los referidos requisitos en la formación de la ley 83 de 1925, ya que es claro que, tratándose de aspectos formales, la acción de inconstitucionalidad ha caducado, pues habiendo entrado en vigencia la carta de 1991 el 7 de julio de esa anualidad[4], se ha superado con creces el término de caducidad por ella dispuesto. Por tal motivo, en relación con este aspecto, la Corte se inhibirá.

2. **Cargos por violación de la Constitución de 1991**

Dilucidado el anterior cargo, se ocupará la Corte de contestar el resto de los ataques, orientados a cuestionar, por razones de fondo, la constitucionalidad de los artículos 7, 9, 10, 11 y 18 de la ley 83 de 1925.

2.1. **Examen de los cargos formulados en contra del artículo 11 de la ley 83 de 1925. Su vigencia**

Por ser las más numerosas, un criterio metodológico sugiere examinar en primer término las acusaciones esgrimidas en contra del artículo 11, que autoriza a los departamentos "para monopolizar la producción del alcohol impotable", debiéndose establecer, como cuestión previa, si se encuentra o no vigente.

Al respecto, es pertinente transcribir algunos apartes de la sentencia proferida el 14 de julio de 1995 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del h. Consejo de Estado:

---

[4] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-533 de 1992. M.P. Doctor Jaime Sanín Greiffenstein.

"Amplia es por demás la legislación nacional en asunto de monopolios en la producción, introducción y venta de licores destilados o embriagantes, partiendo del Decreto Legislativo No. 41 de 1905 que establece como renta nacional el aguardiente de caña y sus compuestos. En esa evolución Legislativa es dable mencionar la ley 15 del mismo año, el Acto Legislativo No. 3 de 1910 en el que se estableció el principio elevado a rango constitucional según el cual los monopolios solamente pueden establecerse como arbitrio rentístico, en virtud de una ley y previa indemnización de quienes eran perjudicados con la medida; la Ley 4ª de 1913 o Código Político y Municipal; la Ley 34 de 1925 que hace referencia a los alcoholes industriales o impotables y a los utilizados en la fabricación de vinos; ***la Ley 83 del mismo año la cual, habiendo sido dictada para proveer a la reparación de unas vías públicas y tomar otras disposiciones sobre caminos y puentes, se toman medidas en los artículos 10 y 11 sobre 'gotas amargas, amargos y semejantes, con excepción de los ajenjos que son de prohibida introducción' y se autoriza a los departamentos para monopolizar la producción del alcohol impotable;*** *la Ley 88 de 1928 en la que se fijan tarifas en 'relación con cada botella de 720 gramos'; el Decreto 2956 de 1955 ratificado por la Ley 33 de 1968; el Decreto 131 de 1958; la Ley 14 de 1983 y el Decreto 1222 de 1986 o Código de Régimen Político Departamental en cuyos artículos 121 y 123 se desarrollan disposiciones de la Ley 14 de 1983 sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, sobre el monopolio y sobre la autorización a los departamentos para celebrar contratos de intercambio que permitan agilizar el comercio de estos productos.*

"Es de anotarse que en el artículo 72 de la Ley 14 de 1983 se derogan otras disposiciones anteriores y las demás normas que le sean contrarias pero no comprende la derogatoria las disposiciones que se han reseñado como contentivas del régimen sobre alcoholes en general, sin discriminar entre potables e impotables"[5] (Negrillas fuera de texto)

2.1.1. **Acerca de la exigencia de "una ley especial" para el restablecimiento del monopolio de la producción del alcohol impotable**

La Corte prohíja los anteriores criterios, de acuerdo con los cuales el artículo 11 de la ley 83 de 1925 se encuentra vigente, y sobre esta base emprenderá el estudio de la demanda en la que se plantea la vulneración adicional del artículo 31 de la Constitución de 1886, correspondiente al artículo 4° del Acto Legislativo No. 3 de 1910, debido a que, a juicio de la actora, las leyes 84 de 1916 y 84 de 1923 declararon la libertad en la producción y en la comercialización del alcohol impotable, requiriéndose, en los términos de la norma constitucional citada, de una ley especial que restableciera el monopolio en favor del Estado, en ausencia de la cual "el legislador no podía impartir la autorización a los departamentos para que establecieran dicho monopolio sobre su producción, como lo hizo la ley 83 de 1925 demandada".

Sobre el particular es indispensable apuntar que el artículo 11 de la ley 83 de 1925 en su momento fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, entre otros motivos por el presunto quebrantamiento "del Acto Legislativo No. 1 de 1921, sobre libertad de industria" y del Acto Legislativo No. 3 de 1910 en la parte referente al establecimiento de monopolios de arbitrio rentístico, y que fue hallado exequible por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre 1° de 1927, de la que fue ponente el h. Magistrado Francisco Tafur[6].

---

[5] Consejero Ponente Doctor Yesid Rojas Serrano. Expediente No. 2713.

[6] Cf. Gaceta Judicial. Organo oficial de la Corte Suprema de Justicia de febrero 15 de 1928. Tomo XXXIV. Números 1763 y 1764. Páginas 129 y 130.

En tales condiciones, es evidente que por haberse efectuado su estudio a la luz de la Constitución de 1886, el artículo 11 de la ley 83 de 1925 estuvo amparado por los efectos de la cosa juzgada constitucional durante la vigencia de la Carta anterior, pero también lo es que ante la Constitución de 1991 no resulta viable sustraerlo del control de constitucionalidad aduciendo los efectos derivados del fallo citado, pues lo cierto es que una disposición declarada exequible bajo el imperio del Estatuto Fundamental derogado puede resultar contraria a la nueva preceptiva superior, y no siendo plausible en tal caso mantenerla dentro del ordenamiento jurídico, se torna indispensable comparar su contenido con las normas constitucionales vigentes al momento de realizar el análisis de constitucionalidad.

Así pues, no es apropiado en esta ocasión adelantar el estudio del cargo formulado con base en la Constitución de 1886, imponiéndose entonces llevarlo a cabo con fundamento en la Constitución de 1991, que al decir de la actora es desconocida por el artículo 11 de la ley 83 de 1925, pues, según su parecer, de los antecedentes del artículo 336 superior se desprende que por voluntad del Constituyente el establecimiento del monopolio sobre el alcohol impotable requiere de una ley especial, toda vez que la norma constitucional solamente consagró de manera expresa el monopolio de los licores y el los juegos de suerte y azar y "fuera de estos últimos, no se puede admitir que existan o hayan subsistido otros monopolios rentísticos (como el de la producción de alcohol impotable) hasta que se expida la ley de iniciativa gubernamental que los establezca, lo cual hasta la fecha no ha ocurrido"

Acerca de la exigencia de una "ley especial" para el establecimiento de un monopolio cabe anotar que el hecho de que con anterioridad a la ley 83 de 1925 se hubieran dictado algunas leyes que declararon libre la producción y monopolización del alcohol impotable no podía implicar en vigencia de la Constitución de 1886 ni puede implicar actualmente bajo el imperio de la Carta de 1991 una especie de prohibición al legislador para restablecer el monopolio de la producción o una suerte de condicionamiento, por virtud del cual al restablecimiento del monopolio en la producción del alcohol impotable solamente hubiera podido procederse en el pasado y debiera procederse en la hora presente recurriendo a una ley de características singulares.

De la mención que hace el artículo 336 de la Constitución de 1991 de "la ley que establezca un monopolio" no surge que el Constituyente haya plasmado una especial categoría normativa distinta de la ley ordinaria, por cuanto fuera de la alusión a la materia que debe ser regulada mediante ley, el Constituyente no se ocupó de establecer procedimientos o mayorías específicas para su expedición, ni previó un control de constitucionalidad distinto del que corresponde a las leyes comunes, como sí acontece, por ejemplo, con las estatutarias que constituyen una modalidad diferenciable del resto de las leyes.

La referencia a la ley, contenida en el artículo 336 superior, es explicable en la medida en que el monopolio "constituye una excepción a la iniciativa privada y a la libertad de empresa y (...) supone la reserva estatal de ciertas actividades cuyo desarrollo se prohíbe a los particulares, introduciéndose un factor que distorsiona la libre competencia"[7], de modo que, en razón de ese carácter restrictivo de ciertos ámbitos de la libertad, el Constituyente reservó al Congreso el establecimiento de los monopolios, pero de allí no se sigue la obligatoriedad de una ley de naturaleza "especial"

En este orden de ideas, el restablecimiento del monopolio de la producción del alcohol impotable por el artículo 11 de la ley 83 de 1925 obedece a la función propia del Congreso

[7] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-647 de 1997. M.P. Doctor Fabio Morón Díaz.

de la República, que no es otra diversa de la de expedir las leyes, modificarlas o derogarlas, sin que la existencia de normas de rango legal que antes de 1925 declaraban libre la producción o la comercialización del alcohol impotable erija una barrera en el cumplimiento de las labores inherentes al órgano de representación popular, encargado de hacer las leyes y también de derogarlas total o parcialmente, otorgándole así una expresión concreta al principio jurídico según el cual en derecho las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen.

La conclusión que se deja expuesta emana de las consideraciones hechas por la Corte Suprema de Justicia al declarar exequible el artículo que ahora ocupa la atención de esta Corporación en cuya jurisprudencia se ha consignado que "Según se desprende de la regulación constitucional y del carácter de límite a la libertad de empresa, al derecho a la libre competencia económica y al derecho de propiedad que entrañan los monopolios estatales; **las disposiciones que los establecen y el régimen propio al que se refiere el artículo 336, deben contenerse en una ley, en sentido formal, ubicable en la categoría de las ordinarias** mas no en la de las estatutarias, porque las dichas leyes no regulan un derecho fundamental, sino que desarrollan la facultad que la Constitución atribuye al Estado para establecer monopolios y regular la actividad respectiva" (Negrillas fuera de texto)[8].

2.1.2. **La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el monopolio de la producción del alcohol impotable, autorizado antes de su vigencia**

De otra parte, aduce la demandante que la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 entraña la inexistencia de monopolios distintos a los consagrados expresamente en el artículo 336, de manera que ningún otro monopolio pudo subsistir.

No comparte la Corte el anterior aserto, por cuanto el argumento esgrimido por la actora conduciría a aceptar que la Carta Política de 1991 derogó el artículo 11 de la ley 83 de 1925 y, en contra de ese entendimiento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido nítida al considerar que la vigencia de la Constitución de 1991 no trajo consigo la derogación en bloque de la legislación preexistente, legislación que, conforme a lo anotado, a lo sumo podría ser acusada de contrariar los nuevos preceptos superiores y, de acuerdo con esa jurisprudencia, en caso de comprobarse tal contradicción lo procedente es retirar la norma anterior a la Carta vigente, dada su inconstitucionalidad sobreviniente.

En este sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del h. Consejo de Estado, en sentencia fechada el 17 de abril de 1997, plasmó criterios que esta Corte suscribe:

> "De otra parte, considera la apelante que el monopolio de los alcoholes no existe, dado que el artículo 336 de la Carta Política solamente se refirió al monopolio de los licores y de los juegos de suerte y azar.
>
> "Al respecto observa esta Corporación que dicha interpretación no es correcta, ya que el mismo artículo 336 en comento establece que los monopolios sólo podrán ser establecidos en virtud de una ley, lo cual no implica que dicha ley no pueda ser anterior a la reforma constitucional de 1991.
>
> (...)
>
> "En síntesis, se concluye que el monopolio del alcohol potable fue consagrado en la Ley 15 de 1905 y el del alcohol impotable mediante la Ley 83 de 1925, sin que la

[8] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-313 de 1994. M.P. Doctor Carlos Gaviria Díaz.

circunstancia de que el artículo 336 de la Carta Política no se haya referido expresamente a los mismos, signifique que no existen"[9].

2.1.3. **De la manera como el artículo acusado regula el monopolio de la producción del alcohol impotable**

Una vez demostrado que el legislador podía introducir el monopolio de la producción del alcohol impotable, sin necesidad de acudir a categorías legales especiales y que la Constitución Política de 1991 no afectó la vigencia de las normas anteriores que consagraron monopolios distintos del de los de licores y del de los juegos de suerte y azar, resta analizar la manera como en la ley 83 de 1925 se reguló el monopolio de la producción del alcohol impotable.

Al respecto, el artículo 11 de la mencionada ley se limita a autorizar a los departamentos "para monopolizar la producción del alcohol impotable" y en ello la actora ve varios motivos de inconstitucionalidad, ya que, en su criterio, "el Congreso transfirió a los departamentos una función indelegable de carácter eminentemente legislativo, vulnerando el preámbulo de la Constitución y los artículos 3°, 150-12 y 336 superiores que radican en el órgano legislativo, titular de soberanía política e impositiva, la facultad de imponer tributos y establecer monopolios rentísticos; así mismo, los artículos 1° y 287 de la Carta, en la medida en que el ejercicio de competencias de carácter legislativo por las entidades territoriales desvertebra la organización unitaria del Estado colombiano y, finalmente, los artículos 150-5, 298 y 299 superiores, por cuanto los departamentos y las asambleas solamente ejercen funciones de índole administrativa y expiden actos administrativos, "por medio de los cuales no pueden establecer o crear los monopolios y mucho menos prever en ellos la indemnización que se concederá a los particulares que estén ejerciendo una actividad económica que vaya a ser objeto de monopolio".

2.1.3.1. De la autorización a las asambleas para establecer el monopolio de la producción del alcohol impotable

Con la finalidad de responder los cargos, es de mérito recordar los argumentos que sirvieron de base a la h. Corte Suprema de Justicia para declarar la exequibilidad del artículo 11 de la ley 83 de 1925, a al luz de la Constitución de 1886:

> "...el acusador pierde de vista que el legislador tiene por otro lado la facultad, de que puede hacer uso en cualquier tiempo, para monopolizar en favor de la Nación industrias lícitas, como la de que se trata, y para dar autorizaciones a los Departamentos para que por medio de sus Asambleas establezcan también ese monopolio como arbitrio rentístico, en virtud de lo que disponen el artículo 4° del Acto Legislativo número 3 de 1910 y del numeral 3° del artículo 76 de la Constitución Nacional, pues el primero preceptúa lo siguiente:
>
> "'Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados de una industria lícita. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de la ley...'
>
> "Y el segundo establece:
>
> "'Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:
>
> '3ª Conferir atribuciones a las Asambleas...'"

[9] Consejero Ponente Dr. Manuel S. Urueta Oyola. Expediente No. 4005.

Si tales afirmaciones fueron hechas por la h. Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 1927, durante una época en la que se hallaba en pleno apogeo la concepción centralista impuesta por la Carta Política de 1886, ¿cómo podría sostenerse la inconstitucionalidad de la misma disposición bajo el imperio de la constitución de 1991, que aún cuando mantiene la fórmula del estado unitario la ha morigerado, otorgándole expresión a los principios de descentralización y de autonomía de las entidades territoriales?

Repárese, adicionalmente, en que la Constitución vigente "reproduce exactamente la atribución sobre concesión de facultades especiales a las Asambleas: según el numeral 5 del artículo 150, puede el Congreso por medio de leyes, 'Conferir atribuciones especiales a las Asambleas departamentales'. Y las Asambleas cumplen, además de las funciones señaladas en los primeros diez numerales del artículo 300, las demás que les asignen la Constitución y la ley (numeral 11, artículo citado)"[10].

En perfecta armonía con los textos constitucionales citados esta Corte ha aceptado que el establecimiento de los monopolios rentísticos y la fijación de su régimen por la ley no impide la delegación de algunos aspectos y ha acotado sobre el particular que "Sería absurdo, además, que unas normas ceñidas a la Constitución anterior, en la cual se reconocía a los departamentos 'independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución' (artículo 182, inciso primero), fueran contrarias a la que hoy nos rige, que les reconoce esa misma autonomía, y aun la amplía (artículos 287, inciso primero y 298, inciso primero)"[11].

Las prerrogativas reconocidas a los departamentos y a las asambleas en estas materias afianzan los principios de descentralización y autonomía de los entres territoriales sin que alcancen a configurar un modelo federal, dado que la consagración de estos principios se hizo bajo el entendimiento de su coexistencia con el principio de unidad, que al igual que aquellos es estructural y sirve de marco al ejercicio de la descentralización y de la autonomía, resultando, a su turno, influido por ellas, pues a la luz de la Constitución de 1991 no es posible concebir la forma unitaria del Estado como un sinónimo de centralismo, por cuanto de lo que se trata es de "fortalecer la unidad desde la diversidad, mediante el reconocimiento de la variedad biológica, política, jurídica, territorial, religiosa. Es la concepción de la unidad como el todo que necesariamente se integra por las partes y no la unidad como un bloque monolítico"[12].

El tema de los monopolios rentísticos guarda, en el punto que se examina, cierta similitud con la facultad que se le reconoce a las entidades territoriales para imponer contribuciones, sujetándose en todo caso a los dictados de la ley que crea o que simplemente autoriza esas contribuciones; sujeción a los marcos legales que resguarda el principio de legalidad e indica, a la vez, que esas entidades territoriales pese a gozar de la aludida facultad carecen de la soberanía fiscal, situación que, *mutatis mutandis,* es predicable tratándose del monopolio que ahora se examina, debido a que la ley lo autoriza, correspondiéndole a los departamentos proveer a su aplicación concreta sólo en atención a la ley que los autoriza para monopolizar la producción del alcohol impotable, competencia ésta que no coloca los atributos propios de la soberanía en cabeza de los departamentos.

---

[10] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-338 de 1997. M.P. Doctor Jorge Arango Mejía.

[11] Ibídem.

[12] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-478 de 1992. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

2.1.3.2. **Del arbitrio rentístico y de la previa indemnización**

Sin embargo, no escapa a la Corte que el artículo 11 de la ley 83 de 1925 se limita a autorizar el monopolio de la producción del alcohol impotable en favor de los departamentos, echándose de menos en la disposición la regulación del arbitrio rentístico o de la manera como ha de procederse a indemnizar a los individuos privados del ejercicio de una industria lícita y, más aún, el señalamiento de la finalidad de interés público o social y del régimen de su organización, administración, control y explotación.

En relación con el arbitrio rentístico y con la previa indemnización, cabe apuntar que estos elementos están contenidos en el artículo 336 de la Constitución de 1991 y que estuvieron presentes en la regulación que del tema de los monopolios hacía la Carta de 1886, circunstancia que no fue obstáculo para que la h. Corte Suprema de Justicia declarara ajustado a la Carta el artículo 11 de la ley 83 de 1925, pese a no manifestar que el monopolio del que trata se establece como arbitrio rentístico y a guardar silencio sobre la indemnización.

En efecto, estimó la Corte Suprema que la autorización del monopolio sólo es viable en la forma en que la Constitución lo permite y que "una cosa es la facultad para el establecimiento del monopolio y otra su aplicación práctica, la ejecución de la ley", que no podrá ser aplicada sin que la autoridad competente y siempre que haya lugar a ello, indemnice; criterios conformes a la actual normatividad constitucional y que esta Corte no duda en avalar.

2.1.3.3. **De la organización, administración, control y explotación del monopolio**

En lo atinente a la organización, administración, control y explotación del monopolio lo primero que debe advertirse es que no existía en la Constitución anterior una norma igual al inciso tercero del artículo 336 de la actual y que la exigencia de un régimen legal contentivo de todos estos aspectos en la Carta de 1991 no produce la inconstitucionalidad del artículo examinado, ya que como en su momento lo indicó la h. Corte Suprema de Justicia, la ley 83 de 1925 se limitó a autorizar el establecimiento de un monopolio por los departamentos y es ese el contenido llamado a ser juzgado frente a las normas constitucionales que, según lo hasta aquí expuesto, no han sido contrariadas por esa simple autorización concedida por el legislador, no siendo válido que se llegue a la declaración de inconstitucionalidad con fundamento en consideraciones relativas a la insuficiencia de la norma o a la falta de previsiones no exigidas cuando fue expedida, omisiones estas que, por lo demás, no pueden ser subsanadas por la Corte Constitucional, ya que si a ello procediera invadiría la órbita funcional del legislador.

Coincide la anterior interpretación con la que ha sido acogida por el h. Consejo de Estado que, según la sentencia transcrita más arriba, considera que los monopolios diferentes al de los licores y al de los juegos de suerte y azar, establecidos antes de la Constitución de 1991 subsisten con posterioridad a ésta, sin que su existencia se hubiera visto cuestionada por la falta de la ley que regule todos los elementos exigidos por la nueva Carta Política, dado que la exigencia de esos elementos no comporta la inexequibilidad de una autorización legal a los departamentos para establecer el monopolio de la producción del alcohol impotable, autorización que, en sí misma, es plenamente ajustada a la Carta.

Es más, la naturaleza de la actividad objeto del monopolio que se analiza impone un margen mas o menos amplio de flexibilidad en las regulaciones legales, porque las condiciones de los departamentos no son idénticas y por ese motivo las respectivas asambleas departamentales deben considerar, por ejemplo, el tamaño de las plantas de producción, las necesidades que quieren solventar, la capacidad económica de la entidad territorial; aspectos todos que no resistirían una disciplina legal absolutamente uniforme.

Ya la h. Corte Suprema de Justicia indicó que "no se sabe si harán uso" los departamentos de la autorización para monopolizar y lo cierto es que hoy en día la mayoría de los departamentos no producen alcohol impotable y que, en cualquier caso, tal como lo manifiesta la propia actora, "De hecho, en la práctica, cada departamento ejerce su monopolio sobre el alcohol impotable de una manera totalmente diferente (tasas y reglamentaciones distintas, etc.)", lo cual, en contra de lo afirmado en la demanda, no vulnera la Constitución sino que armoniza con el fortalecimiento de la autonomía territorial querido por el Constituyente de 1991.

2.1.3.4. **De la finalidad de interés público y social y de las vicisitudes a que puede dar lugar la explotación del monopolio**

Predicados semejantes a los que se dejan consignados en los anteriores párrafos son aplicables al silencio del legislador de 1925 sobre la finalidad de interés público o social. Sin embargo, conviene citar una vez más la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con cuyas voces "para legislar sobre monopolio de una industria como arbitrio rentístico, el legislador solamente tiene que atenerse a lo que dispone el Acto Legislativo citado, sin necesidad de expresar que lo hace por motivos de utilidad pública, **porque la disposición constitucional los implica, ya que también es atribución constitucional del Congreso establecer las rentas nacionales o dar facultad a las entidades de derecho público, departamentos o Municipios, para que las establezcan, a fin de que puedan subsistir"** (Destacado fuera de texto).

Es decir, las previsiones de la Carta anterior no aludían a la finalidad de interés público o social, pero subyacía en ellas una consideración de utilidad pública y de interés social, y no podía ser de otra forma si se atiende a la naturaleza misma de los monopolios que no pueden ser instituidos para generar un privilegio o un provecho en beneficio de particulares, pues es justamente del ámbito privado de donde se sustraen las actividades monopolizadas con evidente sacrificio de la libertad de empresa, y ese sacrificio no podía estar justificado bajo la Carta anterior, ni puede estarlo en la actualidad, sino por razones superiores vinculadas al interés público o social causante de la creación del arbitrio rentístico del sector público.

En otras palabras, con independencia de que en el texto constitucional de 1886 se aludiera o no al interés público o social, la noción de monopolio como arbitrio rentístico no era ni es separable de las finalidades de interés público y social, por cuanto las implica, dado que esas finalidades son las únicas capaces de justificar el sacrificio de derechos de contenido económico, tan caros al sector privado.

Así las cosas, siendo la producción del alcohol impotable un monopolio en favor de los departamentos, el hecho de que el artículo 11 de la ley 83 de 1925 no se haya señalado expresamente una finalidad de interés público o social no significa que se abra la posibilidad de que esa finalidad esté ausente cuando un departamento decida establecer el monopolio y en caso de que en la práctica se llegara a establecer el monopolio desatendiendo esa exigencia, en virtud del carácter de norma suprema que tiene la Constitución, de sus efectos vinculantes y de su condición de norma aplicable, la incuestionable inconstitucionalidad de semejante medida daría lugar a la actuación de los remedios previstos en el ordenamiento jurídico, debiendo advertirse que en tal evento cobraría relevancia la interpretación de la h. Corte Suprema de Justicia, de conformidad con la cual una cosa es la facultad para el establecimiento del monopolio -ajustada a la Carta- y otra la aplicación práctica.

Además, si se atiende al tenor literal del artículo 336 superior, la disposición constitucional exige que el establecimiento del monopolio se haga como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público y social que fuera de estar presente ha de ser constatable; empero,

en estricto sentido la norma no erige en requisito formal sine qua non que esa finalidad deba estar consagrada expresamente en la ley; de ahí que lo importante sea la existencia verdadera de esa finalidad pública y social y no su simple mención legal.

Ahora bien, la Corte comparte la apreciación del apoderado del señor ministro de hacienda y crédito público en el sentido de que "el interés público o social se relaciona con el objeto que pretende financiarse a través del monopolio", con "la destinación de sus rentas y las necesidades que están orientadas a satisfacer"; cuestiones estas que han de presidir su establecimiento y que, por lo mismo, deben definirse desde el instante en que el legislador o la autoridad por él autorizada adopte la decisión de privar a los particulares del ejercicio de una industria lícita.

Desde esta perspectiva interesa destacar dos elementos importantes: las rentas que se obtienen del monopolio y su destinación a la satisfacción de la finalidad de interés público o social. Cuestiones por entero diferentes a la satisfacción de la finalidad de interés público y social de que se trate son las vicisitudes que vayan surgiendo durante la explotación de la industria monopolizada, vicisitudes que, de una parte, no son apreciables en el momento mismo en que se establece o se autoriza el establecimiento del monopolio y que, en consecuencia, no sirven al propósito de fundar prematuras acusaciones de inconstitucionalidad y que, de otra parte, no constituyen la pauta para que en un juicio de constitucionalidad se evalúe si la norma que autoriza el monopolio viola o no la Constitución.

A esas vicisitudes se refiere la actora cuando intentando desvirtuar la finalidad de interés público o social del monopolio sobre la producción de alcohol impotable, se duele del encarecimiento de ciertos productos que requieren de él para su fabricación, del entorpecimiento de los proyectos de producción de alcohol como sustituto de la gasolina, como aditivo o como combustible alterno para sectores marginados de la población; de que Colombia en lugar de ser exportador de alcohol haya frenado su desarrollo industrial, sustituyéndolo por productos importados de aplicaciones riesgosas, de la quiebra y de la ineficiencia de las industrias licoreras del país, de la contaminación ambiental causada por la producción de alcohol, de los altos costos en que incurren los departamentos para operar las plantas, del inconveniente pago de regalías, de la consolidación de verdaderos "muros de Berlín" entre los departamentos cuando de licores y alcoholes se trata, etc., concluyendo, finalmente, que el interés público o social no estuvo presente en la autorización que impartió a los departamentos la ley 83 de 1925.

Frente a estos planteamientos la Corte reitera que el juicio de constitucionalidad comporta la comparación de una disposición infraconstitucional con la preceptiva constitucional, cotejo efectuado en abstracto y del cual se deriva la conformidad o inconformidad de la disposición inferior con la superior, de modo que, en casos como el abordado, la Corte no tiene por qué entrar a verificar situaciones o hechos extraños al contenido de la disposición acusada, ya que es este contenido el que se examina a la luz de la Carta y el que es susceptible de contrariar los postulados superiores.

Constituiría un despropósito disponer el retiro del artículo 11 de la ley 83 de 1925 del ordenamiento jurídico luego de haber sorteado con éxito el examen de constitucionalidad, por la sola consideración de las implicaciones que su aplicación práctica haya podido producir, implicaciones o vicisitudes que no hacen parte de su contenido y que, en el supuesto de llegar a comprobarse, tienen correctivos jurídicos distintos a la acción pública de inconstitucionalidad.

Si en gracia de discusión se admitiera la competencia de la Corte para declarar la inexequibilidad de la disposición estudiada con fundamento en sus implicaciones o en su incorrecta aplicación, la desnaturalización de la acción pública de inexequibilidad sería la obligada consecuencia.

En efecto, tendría la Corte que entregarse a la tarea de comprobar uno por uno los efectos nocivos de una mala aplicación de la disposición y en esa tarea nada fácil, se encontraría ante no pocas perplejidades. En primer lugar debería analizar la ejecución de la ley en cada uno de los departamentos que producen alcohol impotable y ese esfuerzo no arrojaría conclusiones similares, por ejemplo, si se lograra constatar que en algún departamento el monopolio funciona correctamente y en los otros no, ¿cuál sería la decisión de la Corte? Si declarara la inexequibilidad afectaría al departamento que cumple y tampoco podría pensarse en que la norma fuera constitucional para un departamento e inconstitucional para los otros.

Una declaración de inexequibilidad producida en esas condiciones y con esos fundamentos arrebataría el control de las posibles situaciones anómalas de manos de las autoridades competentes para realizarlo, impediría la introducción de correctivos y sería prematura en relación con los departamentos que todavía no se han decidido a producir el alcohol impotable, ya que se les privaría de la oportunidad de hacerlo por motivos ajenos a ellos.

Todo lo anterior comprueba que los asuntos planteados por la actora escapan a la órbita del control constitucional y atañen a otras autoridades. Así, por ejemplo, ante la comprobada ineficiencia, el artículo 336 de la Carta prevé que "El gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley" y, de otra parte, apreciar la conveniencia del mantenimiento del monopolio concierne al Congreso, que tiene competencia para derogar la ley que autoriza a los departamentos su establecimiento y para adicionarla, modificarla o sustituirla por otra.

2.1.4. **Acusaciones por la presunta violación del principio de unidad de materia**

Por último, dentro del conjunto de los cargos por violación de la Constitución Política de 1991, la actora estima que el artículo 11 de la ley 83 de 1925 vulnera los artículos 158 y 169 superiores, porque la autorización a los departamentos para establecer el monopolio del alcohol impotable es un tema extraño al enunciado en el título de la ley, dictada con el propósito de proveer a la reparación de unas vías públicas y de adoptar otras disposiciones sobre caminos y puentes.

Le asiste la razón a la demandante al considerar que el desconocimiento del principio de unidad de materia no se reduce a un vicio de forma, sino que entraña una violación material de la Constitución que no da lugar a la caducidad de la acción de inconstitucionalidad.

Del anterior aserto la demandante extrae una consecuencia inevitable: la inexequibilidad de las leyes expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 que no hayan observado el principio de unidad de materia. La Corte lejos de desconocer la validez de esa consecuencia, la ha adoptado en varias sentencias. Sin embargo, es indispensable tener en cuenta que los antecedentes de los artículos 158 y 169 superiores son los artículos 77 y 92 de la Constitución de 1886 en los que el Constituyente colombiano incorporó el principio de unidad temática, pero sólo a partir de la reforma constitucional de 1968.

Fluye de lo anotado que antes de la reforma constitucional de 1968 el legislador no se hallaba vinculado a la observancia del principio de unidad de materia por no haber norma superior que así se lo ordenara, y esa circunstancia no es irrelevante cuando se examina la constitucionalidad de una ley anterior a la Carta de 1991 por la posible violación del mentado principio.

En efecto, no basta constatar que una disposición aprobada antes del 7 de julio de 1991 no se aviene a la materia enunciada en el título de una ley para automáticamente derivar de allí la inconstitucionalidad, pues a continuación debe averiguarse si la ley de la que hace parte esa disposición es posterior o anterior a la reforma constitucional de 1968.

Si es posterior se impone la declaración de inconstitucionalidad, mientras que en el segundo evento lo que le corresponde a la Corte Constitucional es declararse inhibida, pues frente a una disposición expedida al amparo de un orden constitucional en que el legislador no estaba limitado por la urgencia de acatar el principio de unidad temática, carece de todo sentido proceder a cotejarla con la preceptiva constitucional que con posterioridad exigió la observancia del referido principio y más absurda resultaría la comparación de esa disposición con un ordenamiento superior que no limitaba el cumplimiento de las tareas legislativas al acatamiento del principio de unidad temática.

Por las razones anotadas, la Corte no examinará si el artículo 11 acusado guarda una relación causal, temática o teleológica con el contenido general de la ley 85 de 1925 y se declarará inhibida en relación con el cargo relativo a la presunta violación de los artículos 158 y 169 de la Constitución de 1991.

3. **Cargos de inconstitucionalidad por violación de "normas de carácter supranacional"**

Bajo el título "Normas violadas de carácter supranacional" la actora presenta algunos cargos de inconstitucionalidad en contra del artículo 11 de la ley 83 de 1925 por cuanto, en su criterio, contradice algunas normas del Acuerdo de Cartagena "según las cuales no pueden existir gravámenes y restricciones que incidan sobre la importación de productos originarios de cualquiera de los países miembros de la Comunidad Andina" y la Junta del Acuerdo de Cartagena ha estimado que ciertas medidas de los departamentos colombianos "que impiden o dificultan las importaciones de alcoholes y licores provenientes de otros países miembros del Grupo Andino, constituyen un incumplimiento, por parte del Gobierno de Colombia, de obligaciones que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, y específicamente del Capítulo V sobre Programa de Liberación del Acuerdo", incumplimiento que también tiene lugar cuando el Gobierno de Colombia admite "que algunos de sus departamentos otorguen un trato más favorable en materia tributaria y de regulaciones internas a los licores locales, que el que otorgan a los licores de fuera del departamento, incluyendo a los provenientes de otros países miembros del Grupo Andino", siendo que según las voces del artículo 27 de la Convención de Viena, ningún país miembro puede invocar normas jurídicas internas para justificar el incumplimiento de una obligación emanada de un tratado.

3.1. **El derecho comunitario y la Constitución**

El concepto de supranacionalidad tiene un amplio respaldo en la Constitución de 1991 como quiera que al tenor de su artículo 9° las relaciones internacionales se orientarán "hacia la integración latinoamericana y del Caribe", que el artículo 150-16 otorga al Congreso la facultad de celebrar tratados en los que "sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional" se transfieran "parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados" y que el artículo 227 eijusdem encarga al Estado de promover "la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones".

El Acuerdo de Cartagena es un tratado internacional que hace parte del derecho comunitario andino pero que no es todo el derecho comunitario andino, dado que éste "no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos

comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto", cuyas decisiones "son obligatorias desde el mismo momento de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Así mismo debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales"[13].

De las consideraciones que la actora vierte en su libelo se desprende la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, de modo que por virtud del traslado de competencias a los organismos supranacionales, las decisiones que éstos adopten rigen inmediata y automáticamente en cada uno de los países miembros y adquieren una prevalencia que torna ineficaces las normas de derecho nacional contrarias al derecho comunitario.

En primer término, es indispensable advertir que en materia de prevalencia de tratados internacionales en el orden interno, el artículo 93 de la Constitución establece la de los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción"; sin que sea dable sostener que esa prevalencia tiene el alcance de la supraconstitucionalidad, porque, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, la Constitución es "norma de normas", y al armonizar ese mandato con lo preceptuado por el artículo 93 superior resulta que "el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad', cuyo respeto se impone a la ley"[14].

Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional destacado en la citada sentencia No. C-231 de 1997, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc., de donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, similar a la prevista en el artículo 93 de la Carta, carece de sustento.

Así pues, vistas las cosas a partir del artículo 93, el derecho comunitario andino no conforma el bloque de constitucionalidad y, por ende, tampoco comparte la supremacía de la Carta Fundamental frente a la ley. Empero, cabría considerar la hipótesis de que la incorporación del derecho comunitario en el bloque de constitucionalidad tuviera una base constitucional diferente del artículo 93. En este sentido, es de mérito anotar que para esta Corte, "la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta"[15] y, en verdad, las distintas normas superiores relativas a la supranacionalidad y a la integración, si bien constituyen el fundamento constitucional de estos fenómenos, no disponen ni entrañan la prevalencia de los respectivos tratados en el orden interno, pues "Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, por entero

---

[13] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-231 de 1997. M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

[14] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-225 de 1995. M. P. Doctor Alejandro Martínez Caballero.

[15] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-358 de 1997. M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

diferente, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta"[16].

Sirven los anteriores argumentos al propósito de demostrar que no existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria, ya que la aprobación de los tratados por el Congreso se lleva a cabo mediante una ley ordinaria, de modo que, analizadas las cosas desde la perspectiva del juicio de constitucionalidad, las presuntas contradicciones entre la ley y el derecho comunitario andino no generan la declaración de inexequibilidad, cuyo presupuesto es la inconformidad de una norma inferior con otra superior y no con otra de la misma jerarquía o proveniente de algún órgano comunitario.

Siendo así, la prevalencia de las normas comunitarias sobre las normas locales y la obligatoria aplicación directa de las decisiones de los órganos comunitarios creadoras de derecho secundario son situaciones distintas al juicio abstracto de constitucionalidad, y comportan unos alcances singulares, por cuya virtud la apreciación de las eventuales contradicciones entre las prescripciones regionales y el derecho interno corresponde a los jueces y a los operadores jurídicos encargados de resolver esos conflictos concretos, teniendo como norte los efectos especiales y directos que en el ordenamiento interno despliegan las normas supranacionales, cuya prevalencia sobre las normas locales reguladoras de una misma materia implica el desplazamiento que no la derogación de la norma nacional.

En atención a lo hasta aquí reseñado, encuentra esta Corporación que el valor normativo, la fuerza jurídica interna de los tratados de integración y del derecho secundario que encuentra en ellos su origen no se desconoce por el simple hecho de que la Corte Constitucional no los tenga en cuenta como pauta para apreciar la constitucionalidad de una ley y se niegue a declarar la inexequibilidad de una norma de derecho interno que los contradiga o cuya aplicación práctica desconozca normas comunitarias. Sencillamente lo que se ha afirmado es que la vía del control abstracto no es la apropiada para ventilar supuestas contradicciones entre las normas internas y las del derecho comunitario o entre éste y la puesta en práctica de una norma nacional y que, en la eventualidad de conflictos de semejante naturaleza, son otras las autoridades y otros los mecanismos establecidos en el derecho nacional y en el comunitario para procurar la solución adecuada.

En síntesis, queda en claro: que el juicio de constitucionalidad de una norma de derecho interno es una cuestión diferenciable a)de la constatación de contradicciones entre norma nacionales y el derecho comunitario y b) del incumplimiento de normas del derecho comunitario andino(i); que la declaración de inexequibilidad de una ley corresponde a la Corte Constitucional en tanto que a) la verificación de posibles contradicciones entre el derecho nacional y el ordenamiento supranacional es un asunto que concierne a otras autoridades y no a la Corte Constitucional encargada de examinar si una ley colombiana se ajusta o no a la Constitución y b) ante el incumplimiento de la norma supranacional constatado por un órgano igualmente supranacional, es el Gobierno nacional el llamado a introducir los correctivos indispensables por orden del organismo supranacional que verifique el incumplimiento (ii) y, finalmente, que, dentro de este orden de ideas, la declaración de inexequibilidad comporta el retiro de la norma contraria a la Carta del ordenamiento jurídico interno, mientras que la

[16] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-327 de 1997. M. P. Doctor Fabio Morón Díaz.

oposición de una norma del derecho nacional con una que pertenezca al derecho comunitario no trae como obligada consecuencia la derogación o el retiro de la norma de derecho interno, pues como lo apuntó la Corte "la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga -y cabría agregar, no torna inexequible-) -dentro del efecto conocido como preemption - a la norma nacional" (iii)[17].

Resta señalar que la actora funda su acusación en vicisitudes relativas a la importación de alcoholes originarios de cualquiera de los países miembros de la comunidad andina, en la existencia de restricciones y gravámenes impuestos a la circulación de estos productos y en la consiguiente alteración de la competitividad, aspectos que tienen que ver con la comercialización de los productos y que resultan extraños al contenido de la preceptiva acusada, que como se ha visto, no autoriza en favor de los departamentos el establecimiento del monopolio de la comercialización sino el establecimiento del monopolio de la producción del alcohol impotable.

3.2. **La supranacionalidad y los monopolios a la luz de la Constitución**

Ahora bien, analizada la cuestión a la luz de las normas constitucionales y en particular de las relativas a la supranacionalidad y a la integración, la única manera de concluir en la inexequibilidad del artículo 11 de la ley 83 de 1925 sería considerar que el establecimiento del monopolio por él autorizado es contrario a las mencionadas supranacionalidad e integración.

Sin embargo, ha de repararse en que la delegación de competencias en organismos supranacionales no opera en todos los ámbitos sino en unos cuantos y en que la Constitución colombiana contiene los fundamentos de la supranacionalidad y a la vez autoriza el establecimiento de monopolios, sin que haya en ello contradicción alguna.

Recuérdese que con motivo de la declaración de inexequibilidad de un segmento del artículo 6° del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, aprobado por la Ley 246 de 1995, que prohibía el establecimiento de monopolios, esta Corte hizo énfasis en que el estímulo a la inversión extranjera no entraña el sacrificio de los monopolios, que contribuyen a consolidar los fines del Estado Social de Derecho. En aquella oportunidad, puntualizó la Corporación:

> "Es decir, que mientras la Carta autoriza la constitución de un arbitrio rentístico, por mandato del legislador, en función de un interés público o social (lo que puede implicar la nacionalización de una actividad que antes podía ser cumplida por extranjeros), el literal en cuestión la prohibe de manera terminante.
>
> "Que en un Estado social de derecho deba inhibirse el legislador de perseguir fines de interés público o de utilidad social, que el Constituyente le señala, en aras del estímulo a la inversión extranjera, es algo que pugna con la esencia de esa forma de organización política, plasmada en la carta de 1991. El literal en cuestión es, pues, abiertamente transgresor de la letra y el espíritu de la Constitución.
>
> "La ley aprobatoria de un tratado, y el tratado mismo, no puede ser la vía expedita para que el propio legislador consienta en inhibir las funciones que se le atribuyan en vista de los propósitos que signan el Estado Social de Derecho. Legitimar esos instrumen-

[17] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-137 de 1996. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

tos como mecanismos idóneos para reformar la Carta, desvirtuando sus fines y paralizando las competencias que en función de ellos se han distribuido, equivale, ni más ni menos, que a desdibujar la forma de Estado que en buena hora decidió plasmar el Constituyente del 91, y por caminos tortuosos que no son precisamente los que la misma Constitución estableció para su reforma"[18].

De la misma manera es válido sostener que la implementación de la supranacionalidad y de la integración no despojan al Estado colombiano de la facultad constitucional de buscar el interés público y social valiéndose de la constitución de un arbitrio rentístico, posibilidad reconocida en el ordenamiento supremo como uno de los medios de realizar los fines del Estado Social de Derecho, que siendo un principio superior del ordenamiento constitucional, según los explícitos términos de la sentencia C-231 de 1997, debe ser preservado en la fase de ejecución del acuerdo comunitario andino.

Coinciden los anteriores planteamientos con los vertidos por la Junta del Acuerdo de Cartagena en la resolución No. 453 de 23 de enero de 1997, anexada por la actora a la demanda, en la que, entre otros aspectos, se indica que:

"...la utilización de la figura del monopolio rentístico a favor de los departamentos, como forma de asegurar la obtención de rentas para el financiamiento de actividades de entes públicos locales, no es en sí misma incompatible con obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

(...)

"Así pues, si la forma en que tales monopolios están siendo administrados resulta en un incumplimiento de obligaciones derivadas del Acuerdo de Cartagena, existe una responsabilidad directa sobre el gobierno de presentar las iniciativas que correspondan a fin de introducir correctivos al régimen. Más aún, no obstante que la Constitución Política establece la posibilidad de creación de monopolios departamentales para efectos de la renta generada por los licores, son disposiciones legales y, más aún normas departamentales las que extienden el ejercicio de este monopolio a aspectos tales como la producción, comercialización y distribución de alcoholes y licores. Finalmente, las medidas discriminatorias aplicadas por los departamentos en contra de alcoholes y licores importados no se originan, ni en la Constitución Política, ni en las leyes nacionales, sino en la actividad de los propios departamentos;

"Que, por las razones anteriores, queda claro que las situaciones que afectan la importación y comercialización en el mercado colombiano de alcoholes y licores provenientes de Países Miembros del Grupo Andino no tienen su origen directo en la Constitución de Colombia y que las mismas pudieran ser corregidas por la iniciativa del gobierno, mediante una modificación del régimen de organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos de licores..."

En lo atinente al monopolio sobre la producción de alcohol impotable autorizado por el artículo 11 de la ley 83 de 1925 a los departamentos surgen las siguientes conclusiones: que la figura del monopolio no es en sí misma contraria a las ideas de supranacionalidad e integración (i) que la autorización dada a los departamentos para establecer el monopolio de

[18] Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-358 de 1996. M. P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo.

la producción del alcohol impotable tiene soporte en la Constitución de 1991 que en la parte referente a los monopolios tampoco se halla en contradicción con normas supranacionales (ii), que las contradicciones a las que alude la demandante, de llegar a comprobarse, no se presentan entre la norma legal que autoriza el establecimiento del monopolio y algunas normas del derecho comunitario sino entre éstas y la manera como los departamentos proceden en la práctica a establecer el monopolio (iii), que siendo así, conviene insistir en la tesis planteada por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de diciembre 1° de 1927 en el sentido de que "una cosa es la facultad para el establecimiento del monopolio, encontrada conforme con la Carta- y otra la aplicación práctica, la ejecución de la ley", ejecución que escapa al control ejercido por la Corte Constitucional y que cae en la órbita competencial de otras autoridades nacionales o de órganos comunitarios.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

4. **Otros cargos de inconstitucionalidad**

4.1. **Artículos 7, 9, 10 y 18 de la ley 83 de 1925**

Plantea también la actora la violación del principio de unidad de materia previsto en los artículos 158 y 169 superiores por los artículos 7, 9, 10 y 18 de la ley 83 de 1925. Al respecto la Corte se remite a lo considerado en relación con la acusación que por este mismo aspecto se planteó en contra del artículo 11 y se declarará inhibida en relación con este cargo.

4.2. **Artículo 9 de la ley 83 de 1925**

En relación con el artículo 9° de la ley 83 de 1925 contentivo de una autorización a las Asambleas Departamentales "para decretar pensiones a favor de los deudos de los ciudadanos que como Alcaldes o funcionarios de Policía recibieren muerte violenta a consecuencia del desempeño de sus deberes", la Corte estima que el cargo consistente en la violación del artículo 150-19 de la Constitución de 1991 está llamado a prosperar, por cuanto la Carta radica en el Congreso la facultad de dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos", indicado que "Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas".

5. **Algunas cuestiones planteadas por la actora en relación con el trámite impartido a la demanda**

Por último, la Corte deja constancia de que, en ejercicio de sus competencias, no consideró pertinente decretar todas las pruebas solicitadas por la actora, efectuar la deliberación previa sobre el asunto, convocar a la audiencia pública pedida en el libelo demandatorio ni dar curso a la solicitud formulada el 13 de mayo del presente año en el sentido de suspender el proceso mientras se obtiene la interpretación por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de las normas supranacionales invocadas, ya que, de una parte la naturaleza de la cuestión debatida es eminentemente jurídica y no técnica y, de otra parte, contaba la Corte con todos los elementos de juicio indispensables para juzgar la constitucionalidad de las normas acusadas.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. INHIBIRSE en relación con los cargos referentes a vicios de procedimiento en la formación de la ley 83 de 1925, por haber operado el término de caducidad previsto en el artículo 243-3 de la Constitución Política.

Segundo. INHIBIRSE en relación con los cargos formulados en contra de los artículos 7, 9, 10, 11 y 18 de la ley 83 de 1925, por violación de los artículos 158 y 169 de la Constitución Política, en razón de las consideraciones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Declarar INEXEQUIBLE el artículo 9° de la ley 83 de 1925.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLE el artículo 11 de la ley 83 de 1925 en la parte que dice: "Autorízase a los departamentos para monopolizar la producción del alcohol impotable".

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

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

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-257
mayo 27 de 1998

SANCION POR MORA EN LA CONSIGNACION DE VALORES RECAUDADOS

La extemporánea consignación de los dineros públicos por parte del recaudador particular tiene entonces que ocasionarle intereses, en el monto que la ley determine, pues de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa a favor del incumplido, en la misma cantidad de la pérdida real sufrida por el erario. Y son moratorios tales intereses para resarcir al Estado no solamente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda sino los perjuicios causados. Estos no requieren ser tasados en cada caso por el juez, ni por la autoridad administrativa, ya que están anticipadamente previstos por la norma legal que fija su cuantía. Así las cosas, no se requiere un proceso judicial específico para definir si hay o no lugar al pago de intereses moratorios en el caso concreto, pues la obligación correspondiente se deriva del mismo hecho de la mora en la consignación de los fondos públicos recaudados, que es el supuesto del cual parte la norma examinada. De modo que, a juicio de esta Corte, la previsión legal de que tal pago no requiere trámite previo no corresponde a nada distinto del reconocimiento legal sobre lo dicho.

Referencia: Expediente D-1899

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 636 (parcial) del Decreto 624 de 1989

Actora: Ana Lucía Padrón Carvajal

Magistrado Ponente: Doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., según consta en acta del veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Ana Lucía Padrón Carvajal, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241, numeral 5, de la Constitución Política, ha presentado ante la Corte una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 636 (parcial) del Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario.

Cumplidos como están los trámites y requisitos exigidos en el Decreto 2067 de 1991, se entra a resolver.

II. TEXTO

A continuación se transcribe, subrayando lo demandado, el texto de la disposición objeto de proceso:

"DECRETO NUMERO 0624 de 1989

(marzo 30)

"por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confieren los artículos 90, numeral 5, de la Ley 75 de 1986 y 41 de la Ley 43 de 1987, y oída la Comisión Asesora de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

DECRETA:

Artículo 1. El Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, es el siguiente:

ESTATUTO TRIBUTARIO

(...)

Artículo 636. Sanción por mora en la consignación de los valores recaudados por las entidades autorizadas. Cuando una entidad autorizada para recaudar impuestos, no efectúe la consignación de los recaudos dentro de los términos establecidos par tal fin, se generarán a su cargo y sin necesidad de trámite previo alguno, intereses moratorios, liquidados diariamente a la tasa de mora que rija para efectos tributarios, sobre el monto exigible no consignado oportunamente, desde la fecha en que se debió efectuar la consignación y hasta el día en que ella se produzca.

Cuando la sumatoria de la casilla "Total Pagos" de los formularios y recibos de pago, informada por la entidad autorizada para recaudar, no coincida con el valor real que figure en ellos, los intereses de mora imputables al recaudo no consignado oportunamente, se liquidarán al doble de la tasa prevista en este artículo".

III. LA DEMANDA

Considera la demandante que la norma acusada vulnera los artículos 29 y 209 de la Constitución Política.

Afirma que en la actualidad corresponde a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expedir el mandamiento de pago, es decir, la sanción por mora al no efectuar las entidades autorizadas la consignación de los valores recaudados, proceso éste que se adelanta sin necesidad de trámite previo alguno.

Considera que de esta manera se violan, en contra de las entidades sancionadas, garantías sustanciales y procesales, como son el principio de legalidad, el de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y la asignación del juez natural. En su criterio, ello también desconoce el inciso 4 del artículo 29 de la Carta Política.

Por último estima que, al no exigirse trámite previo para imponer la sanción contemplada en el artículo 636 del Decreto 624 de 1989, se incumple con los fines y principios rectores de la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Constitución.

IV. INTERVENCIONES

El ciudadano Juan Fernando Romero Tobón, en nombre y representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presentó un escrito destinado a defender la constitucionalidad de la norma acusada.

Luego de hacer referencia a la función tributaria que corresponde en principio adelantar al Estado, señala el interviniente que, dada la compleja estructura del sistema fiscal colombiano, el legislador previó la facultad de que el recaudo de los recursos públicos lo realicen, previa autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los bancos y demás entidades financieras. De esta forma, el recaudo de impuestos se desarrolla en forma descentralizada a nivel nacional.

Es así como la Resolución No. 770 del 22 de marzo de 1995, desarrolla el artículo 801 del Estatuto Tributario, que señala cuáles entidades financieras pueden recaudar impuestos y su consecuente obligación de girar diariamente estos dineros al Banco de la República, a favor de la Dirección del Tesoro Nacional.

Es precisamente la anterior conducta la que genera la sanción moratoria enjuiciada en este proceso por la demanuante, en la que incurre la entidad financiera que una vez recauda los impuestos de los contribuyentes, le otorga otra finalidad y no los gira a la cuenta nacional correspondiente.

En cuanto al argumento de la demandante, según el cual la sanción contemplada en el artículo 636 del Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario se impone al margen de un procedimiento que desconoce el derecho al debido proceso, sostiene el mencionado ciudadano que, al configurarse la mora por el incumplimiento en el plazo para consignar, no se hace necesario entrar en un trámite procesal. Lo anterior siguiendo los parámetros generales planteados por la teoría de la obligación contractual en materia de Derecho Civil.

Por su parte, la apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Elizabeth Whittingham García, presentó escrito en procura de que la Corte Constitucional declare la constitucionalidad de la disposición parcialmente acusada.

En primer término afirma que sí existe una regulación sobre el tema, la cual es desarrollada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, previa autorización del artículo 801 del Estatuto Tributario y de la Resolución 770 de 1995.

En segundo lugar considera que, si bien las obligaciones de las entidades recaudadoras de impuestos tienen como fuente mediata la ley, no surgen por mandato de la misma, sino en virtud de un convenio bilateral, esto es que su fuente inmediata está en la relación contractual. Como consecuencia de ello, a tales obligaciones le son aplicables, en lo pertinente, las disposiciones que regulan las obligaciones civiles, como son las relativas a la mora del deudor.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte que declare constitucional, en lo acusado, el artículo 636 del Decreto 624 de 1989.

A juicio del Jefe del Ministerio Público, el artículo impugnado previene a las entidades autorizadas para recaudar impuestos, con la finalidad de que cumplan con la obligación de consignar los dineros que pertenecen al Estado. El vencimiento del término establecido para cumplir con esta obligación acarrea la sanción prevista en la disposición estudiada.

Finaliza su intervención afirmando que las entidades afectadas con medidas como las dispuestas por la norma en cuestión cuentan con la posibilidad de reclamar en la vía gubernativa que se revoque la decisión adoptada en su contra y posteriormente pueden acudir ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa para pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se les restablezca en su derecho.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para decidir en definitiva sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5, de la Constitución Política.

2. Carácter público de los dineros que se retienen o recaudan por concepto de tributos. Obligación automática, en razón de la mora, de pagar intereses. El perjuicio al Estado. El beneficio sin causa para el retenedor o recaudador

El problema planteado tiene que ver con la aplicabilidad del artículo 29 de la Constitución al cobro de intereses moratorios a cargo de la entidad autorizada para recaudar o retener impuestos cuando no efectúe a tiempo la consignación correspondiente.

La norma demandada, que hace parte del Estatuto Tributario, establece en términos generales que en el indicado evento se causan, a favor de la administración y en contra del recaudador, intereses moratorios, liquidados diariamente a la tasa de mora que rija para efectos tributarios, sobre el monto exigible no consignado oportunamente, desde la fecha en que debió efectuar la consignación hasta el día en que ella se produzca.

El punto objeto de controversia reside en la disposición según la cual tales intereses se causan y deben pagarse "sin necesidad de trámite previo", lo que, de acuerdo con la actora, representa violación del inciso 4 del artículo 29 de la Constitución Política, pues "no se observan las garantías sustanciales y procesales como son legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa -que incluye el derecho de ser oído y a intervenir en el proceso-, y, lo que es peor, a no poder presentar pruebas ni controvertir las allegadas al expediente..."

Parte la demanda de un supuesto erróneo: el de que la obligación del recaudador de pagar intereses de mora nace de una decisión administrativa o judicial concreta que haya de establecer si en su caso, pese al vencimiento del término para consignar lo recaudado sin haberlo hecho, le corresponde o no pagar intereses.

Para esta Corte, la hipótesis en la cual se ubica el legislador es la de que ya, en efecto, la mora en cumplir la obligación de consignar se produjo, lo que significa que la obligación de pagar los intereses moratorios surge por el hecho de la mora, de manera automática, y por ministerio de la ley.

Sí, en cambio, la obligación de reconocer y pagar intereses resultara, no de la mora en sí misma, sino de una responsabilidad que respecto de tales intereses debiera ser establecida a pesar de haberse producido el retardo en la consignación, y para esa determinación la norma permitiera imponer la sanción sin audiencia de la persona sancionada, tendría razón la accionante y el precepto sería inexequible. Es inconstitucional la regla de la ley que permita imponer un castigo sin juicio previo, sin posibilidad de defensa, sin oportunidad de controvertir las pruebas en contra ni de presentar ni hacer valer las que existan a favor, pues en tal supuesto se desconoce de manera abierta el artículo 29 de la Carta Política.

Sin embargo, lo que en realidad ocurre en el caso planteado es que, como se trata de dinero que no es de propiedad del recaudador sino que pertenece al Estado -es dinero público-, y además permanece en manos de aquél, más allá del tiempo permitido en la ley, en razón de la mora, es justo y natural que cause intereses a cargo de quien lo retiene y por el tiempo de la retención.

El Estado, que encarna el interés público, no tiene por qué asumir el costo de la depreciación monetaria por el incumplimiento del recaudador o retenedor durante los días en

que éste se encuentra en mora de consignar los valores que precariamente se le han confiado, independientemente de las causas por las cuales ello haya ocurrido. Y, además, es claro que el tesoro público sufre perjuicio por no recibir oportunamente los recursos que espera y que debería recaudar en los términos que la ley previene, con las necesarias consecuencias negativas en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Para la Corte es claro que, si no estipulara la ley los mencionados intereses moratorios, de la misma Constitución resulta que deberían cobrarse con arreglo a su artículo 95, a cuyo tenor el ejercicio de los derechos y libertades implica responsabilidades. Si toda persona está obligada a contribuir, con sus propios recursos, al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad, y si la ley puede obligarla a pagar intereses por no cancelar a tiempo los gravámenes a su cargo, resulta apenas lógico que estos mismos criterios se apliquen, y con mayor razón a la relación creada por la ley entre el Estado y el individuo que recauda o retiene impuestos. Este debe entregar al fisco oportunamente, no ya sus propios aportes sino los fondos que legalmente tienen la calidad de públicos y que recibió de terceros.

Considérese, por ejemplo, la situación de los bancos o entidades financieras que, por encargo del Estado, reciben el pago de impuestos nacionales; el de los comerciantes que cobran el IVA a los contribuyentes en cada una de las ventas; o el de los patronos que practican la retención en la fuente sobre el salario que pagan a sus trabajadores, para mencionar apenas algunos de los casos de retención o recaudo de tributos. En todas esas hipótesis el recaudador o retenedor no está desembolsando sus propios recursos ni se ve compelido al más mínimo esfuerzo económico para pagar los tributos al fisco. Su única tarea, que es la que justifica la confianza en él depositada y la que, por lo mismo, genera su responsabilidad, es trasladar al erario oportunamente -en los términos que el orden jurídico contempla- los fondos recaudados. No los tiene que conseguir; están en su poder desde el momento del recaudo o retención y debe consignarlos. De donde surge que, si no lo hace, se está lucrando injustificadamente, por el tiempo en que se extienda su retardo, con recursos estatales.

La extemporánea consignación de los dineros públicos por parte del recaudador particular tiene entonces que ocasionarle intereses, en el monto que la ley determine, pues de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa a favor del incumplido, en la misma cantidad de la pérdida real sufrida por el erario. Y son moratorios tales intereses para resarcir al Estado no solamente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda sino los perjuicios causados. Estos no requieren ser tasados en cada caso por el juez, ni por la autoridad administrativa, ya que están anticipadamente previstos por la norma legal que fija su cuantía.

Así las cosas, no se requiere un proceso judicial específico para definir si hay o no lugar al pago de intereses moratorios en el caso concreto, pues la obligación correspondiente se deriva del mismo hecho de la mora en la consignación de los fondos públicos recaudados, que es el supuesto del cual parte la norma examinada.

De modo que, a juicio de esta Corte, la previsión legal de que tal pago no requiere trámite previo no corresponde a nada distinto del reconocimiento legal sobre lo dicho.

En modo alguno se desconoce el principio de legalidad -como sostiene la actora-, ya que el recaudador ha sido advertido por anticipado, en la misma norma objeto de análisis, acerca de que su retardo en la consignación de lo recaudado tendrá tal consecuencia.

Tampoco se vulnera el derecho de defensa pues el solo vencimiento del término legal de consignación sin que haya cumplido su deber causa la sanción, con arreglo al principio jurídico *dies interpellat pro homine.*

Podrá controvertirse administrativa y judicialmente si el recaudador en efecto consignó o no lo hizo, y será esa la oportunidad para hacer valer las pruebas de uno y otro lado y para verificar la realidad de los hechos, con la plenitud de las garantías procesales.

Pero, en la hipótesis de la norma examinada, que -se repite- es la del incumplimiento ya establecido y no sujeto a debate, la consecuencia del pago de intereses de mora no requiere un proceso especial, como se deja dicho.

La norma acusada, integrando la proposición jurídica completa por causa de la relación inescindible entre lo acusado y las demás expresiones del artículo al que pertenece, será declarada exequible.

Además, de conformidad con lo expuesto, que es válido tanto para recaudadores como para retenedores de impuestos, existe unidad de materia con el artículo 377 del Estatuto Tributario, norma ésta que, precisamente por no violar las garantías del debido proceso, ya fue declarada exequible por esta Corporación en Sentencia C-421 del 21 de septiembre de 1995 (M.P.: Doctor Jorge Arango Mejía).

Y también hay unidad de materia con los artículos 634 del mismo Estatuto, en lo relativo a los agentes de retención, y 812 ibídem, la cual se declarará.

DECISION

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en Sala Plena, oído el concepto del Ministerio Público y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE el inciso 1 del artículo 636 del Estatuto Tributario, tal como fue establecido por el 1 del Decreto 0624 de 1989.

Por unidad de materia, decláranse EXEQUIBLES los artículos 634 y 812 del Estatuto Tributario, en lo relativo a los agentes de retención.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIAS SOBRE OBJECIONES PRESIDENCIALES

MAYO 1998

SENTENCIA C-196
mayo 13 de 1998

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE EMPLEADOS DEL CONGRESO- No se puede consagrar en reglamento del Congreso

No es propio de la ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso fijar régimen salarial alguno. El tema salarial y prestacional es ajeno a esa materia, específicamente delimitada por la Constitución y, por tanto, las disposiciones que lo consagren deben plasmarse, no en el reglamento del Congreso, sino en leyes generales que tracen las pautas a las que deba someterse el Ejecutivo con tal fin.

LEY MARCO-Directrices para el Gobierno

Mediante la ley marco se establecen apenas las directrices, posteriormente desarrolladas por el Gobierno a través de decretos administrativos, el Congreso no puede, al dictar una ley en las materias dichas, vaciar de contenido la atribución que la Constitución confía al Presidente de la República y, por tanto, le está vedado establecer ella misma y de modo absoluto todos los elementos de la regulación. En esa regulación, debe existir siempre un margen, disponible para el Ejecutivo, que le permita, sin desbordar los lineamientos legales, adaptar las disposiciones aplicables a las sucesivas coyunturas que se presenten dentro de la vigencia de la ley marco.

OBJECION PRESIDENCIAL-Declaración fundada/**LEY MARCO PARA NIVELACION DE SALARIOS DE EMPLEADOS PUBLICOS**

La Corte debe advertir que, si declara fundadas las objeciones presidenciales en los aspectos dichos, lo hace por razón del carácter perentorio de las normas constitucionales que rigen la materia, pero no en razón del contenido mismo de la disposición aprobada por el Congreso, que desde el punto de vista material es plausible y de interés social, ya que resulta necesario introducir equilibrio en materia salarial entre los empleados de las cámaras. No obstante, el mecanismo escogido y la forma de obrar el legislador no se ajusta a la Carta por las razones expuestas. Si el Congreso desea nivelar los salarios de sus servidores, debe expedir, a iniciativa del Gobierno, una norma marco que deba ser luego desarrollada por el Presidente de la República.

Referencia: Expediente OP-022

Objeciones presidenciales al Proyecto de Ley número 248/97 Senado y 50/96 Cámara, "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 5ª de 1992 y la Ley 186 de 1995, artículos 2°, 3° y 4°".

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Resuelve la Corte sobre las objeciones presidenciales planteadas por motivos de inconstitucionalidad respecto del Proyecto de ley número 248/97 Senado y 50/96 Cámara, "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 5ª de 1992 y la Ley 186 de 1995, artículos 2°, 3° y 4°".

Una vez cumplidos todos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, se profiere fallo de mérito.

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio del 15 de abril de 1998 y con el fin de dar cumplimiento al artículo 167 de la Carta Política, el Presidente del Senado de la República ha remitido a esta Corporación el proyecto de ley en referencia, objetado por el Presidente de la República por razones que, a juicio de este último, lo vician de inconstitucionalidad.

II. TEXTO DEL PROYECTO OBJETADO

El Proyecto de ley materia de las objeciones formuladas por el Presidente de la República es del siguiente tenor:

"EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1°. *El artículo 387 de la Ley 5a de 1992 quedará así:*

Artículo 387. *Nomenclatura de los cargos, grados y remuneración.*

La nomenclatura, grados y remuneración de los cargos de la planta de personal del Senado y de la Cámara, son los siguientes:

DENOMINACION DEL CARGO	GRADO	SALARIOS
Mensajero, portero	01	03
Conductor	02	04
Mecanógrafa, operador de equipo. Auxiliar de: leyes, archivo, correspondencia, recinto, biblioteca, administrativo, enfermería, operador de sistemas; recepcionista, relator; transcriptor.	03 04	05 06
Secretaria Ejecutiva; asistente de: Contabilidad, Control de Cuentas, Gaceta del Congreso, Fondo Publicaciones, Archivo Administrativo; Archivo Legislativo, Coordinador de: Correspondencia, Publicaciones, Duplicaciones, Sustanciador de Leyes	05	07
Almacenista; Asistente de: Sistemas Administrativo, Presupuesto, Protocolo, Biblioteca, Leyes, Profesional; Coordinador de Comisión, Médico medio tiempo, Periodista Universitario, o Profesional Universitario, Revisor de documentos, Periodista.	06	08

DENOMINACION DEL CARGO	GRADO	SALARIOS
Asesor I, Asistente Administrativo de Comisión, Subsecretario de Comisión, Asistente de Recinto, Jefe de Unidad, Revisor Contable.	07	09
Asesor II, Secretario Coordinador.	08	10
Jefe de Oficina, Jefe de Sección, Secretario Privado.	09	11
Jefe de División.	10	12
Subsecretario Auxiliar.	11	13
Secretario de Comisión, Subsecretario General, Coordinador de Auditoría Interna.	12	16
Director Administrativo.	13	21
Secretario General, Director General Administrativo.	14	23

Parágrafo. *La nivelación consagrada en la presente ley se entiende sin perjuicio de las prestaciones, primas y demás emolumentos que por ley, Decreto o Resolución han sido reconocidas a los servidores públicos aquí contemplados, los cuales no podrán ser desmejorados.*

Artículo 2º. *Con el fin de implementar los elementos que orienten la aplicación del Sistema de Control Interno previstos en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 87 de 1993, créanse las Oficinas Coordinadoras del Control Interno del H. Senado de la República y de la H. Cámara de Representantes, adicionando los numerales 1.1.1.3. al artículo 369 y 1.1.1. al artículo 383 de la Ley 5 de 1992, así:*

Artículo 369.

1.1.3 Oficina Coordinadora del Control Interno.

No. de Cargos	*Nombre del Cargo*	*Grado*
1	*Coordinador del Control Interno*	*12*
3	*Profesional Universitario*	*06*
1	*Secretaria Ejecutiva*	*05*
1	*Conductor*	*02*
6		

Artículo 383.

1.1.1. Oficina Coordinadora del Control Interno

No. de Cargos	*Nombre del Cargo*	*Grado*
1	*Coordinador del Control Interno*	*12*
3	*Profesional Universitario*	*06*
1	*Secretaria Ejecutiva*	*05*
1	*Conductor*	*02*
6		

Parágrafo. *El Coordinador del Control Interno será un funcionario de libre nombramiento y remoción, postulado por los miembros de la Mesa Directiva de la respectiva Cámara; dicho funcionario, deberá acreditar título de formación profesional en áreas relacionadas con las actividades objeto del Control Interno y sus funciones serán señaladas en el artículo 12 de la Ley 87 de 1993.*

Artículo 3°. *En cumplimiento de lo ordenado por el artículo 13 de la Ley 87 de 1993, créase el Comité Coordinador del Sistema del Control Interno en la Cámara de Representantes por: el Presidente de la Cámara o su delegado, quien lo presidirá, el Director Administrativo, los Jefes de División de la Cámara de Representantes y el Coordinador del Control Interno, quien ejercerá la función de Secretario del Comité y en el Honorable Senado de la República, el cual estará conformado por: el Presidente del Senado o su delegado, quien lo presidirá, el Director General Administrativo, los Jefes de División del Senado de la República y el Coordinador del Control Interno, quien ejercerá la función de Secretario del Comité.*

Artículo 4°. *El Gobierno Nacional autorizará las partidas presupuestales correspondientes para el cumplimiento de la presente ley.*

Artículo 5°. Vigencia. *La presente ley regirá a partir de la fecha de su promulgación, surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1998 y deroga las disposiciones que le sean contrarias.*

El Presidente del H. Senado de la República,

AMYLKAR ACOSTA MEDINA.

El Secretario General del H. Senado de la República,

PEDRO PUMAREJO VEGA.

El Presidente de la H. Cámara de Representantes,

CARLOS ARDILA BALLESTEROS.

El Secretario General de la H. Cámara de Representantes.

DIEGO VIVAS TAFUR".

III. LAS OBJECIONES PRESIDENCIALES

El Presidente de la República objetó el proyecto de ley en referencia por estimar que éste violaba los artículos 150, numeral 19, literal e) y 154 de la Carta Política.

Luego de hacer un recuento sobre el contenido de las leyes marco o cuadro, afirma que el legislador expidió la Ley 4 de 1992, que reguló la materia salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Recuerda que el artículo 1 de la precitada ley dispone su campo de acción y enuncia todos y cada uno de los servidores públicos a los cuales se aplica, de conformidad con los mandatos constitucionales.

Considera el Presidente que en atención a lo expuesto, el proyecto de ley objetado debió haber sido fruto de la iniciativa gubernamental y no de los miembros del Congreso, como en efecto ocurrió.

Por último afirma que, según lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos debe ser regulado por el Gobierno de acuerdo con los criterios fijados por ley marco.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECHAZO A LAS OBJECIONES

A juicio de las cámaras legislativas, las expuestas objeciones presidenciales son infundadas por las siguientes razones:

El argumento expuesto por el Gobierno Nacional, según el cual el proyecto de ley objetado debió tener el carácter de ley marco, desconoce la naturaleza de ley orgánica del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992), ya que mediante dicho proyecto lo que se pretende es reformar la mencionada normatividad y la Ley 186 de 1995.

Los escritos enviados a la Corte por el Presidente del Congreso aseguran que es inoportuno el cuestionamiento que el Jefe del Estado hace al proyecto, ya que la Ley 5 de 1992 y la Ley 186 de 1995 son posteriores a la Ley 4 de 1992, y que, aunque las dos primeras disposiciones crearon cargos y asignaciones, el Gobierno, en su momento, no formuló reparo alguno al respecto.

Sostienen que "pretender acoger las objeciones del Gobierno respecto del proyecto de ley que nos ocupa, sería como decretar la intangibilidad del reglamento del Congreso, ya que su modificación o derogación es de órbita congresional y no del resorte del ejecutivo, por cuanto nos encontramos frente a un tipo especial de ley que compromete el ejercicio de las facultades legislativas ordinarias y de su cláusula general de competencia. Los contenidos - en este caso orgánicos- de la ley especial, sólo podrán modificarse, adicionarse o derogarse, en virtud de una ley del mismo tipo y surtiéndose el procedimiento especial".

Por último, y en cuanto a la creación de las oficinas coordinadoras de control interno, aseguran que ello garantiza la eficiencia y productividad de la gestión pública.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación considera fundadas las objeciones de inconstitucionalidad en relación con los artículos 1, 4 y 5, del proyecto de ley, puesto que - a su juicio- la fijación de la escala salarial de los empleos de la planta de personal del Congreso es competencia del Gobierno, en atención a lo dispuesto por la Ley 4 de 1992.

Añade que el proyecto no tuvo iniciativa gubernamental y tampoco fue respaldado por el Gobierno durante su trámite, por el contrario el Ministro de Hacienda y Crédito Público se opuso expresamente a la aprobación del mismo.

Manifiesta que no se ajusta a la Constitución la orden perentoria impartida al Ejecutivo para que autorice las partidas presupuestales, con el fin de dar cumplimiento a la ley. Además el proyecto de ley fija directamente sus efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1998.

Considera, sin embargo, el Jefe del Ministerio Público que son infundadas las objeciones relativas a los artículos 2° y 3° del proyecto de ley en cuestión, toda vez que la creación de algunos cargos en las oficinas de control interno de las cámaras y de comités coordinadores, desarrollan los artículo 150, numeral 20, y 209 de la Carta Política.

VI. INTERVENCIONES

El ciudadano Gabriel Arturo Parra Cifuentes estima que las objeciones presidenciales son infundadas por cuanto la Ley 4 de 1992 fue promulgada con anterioridad a las Leyes 5 de 1992 y 186 de 1995, las cuales, en su momento, no fueron cuestionadas por el Ejecutivo.

Aduce que con el proyecto de ley se buscó eliminar la desigualdad salarial y prestacional creada por la Ley 5 de 1992 y la Ley 186 de 1995, por tal motivo se ajusta a los preceptos constitucionales.

Afirma que "siendo el Ejecutivo quien determina el salario mínimo legal cada año, es en últimas, el que determinaría el salario para todos los funcionarios del Congreso, sólo que lo estaría haciendo utilizando el mismo mecanismo para todos ellos y no discriminando a un grupo minoritario de 543 empleados, frente a 2.670 del mismo Congreso".

El ciudadano Manuel Avila Olarte considera que el artículo 1 del aludido proyecto de ley es inconstitucional, por cuanto desconoce lo dispuesto en los artículos 136, numeral 1 y 150, numeral 19 de la Carta, ya que el Congreso invade la competencia del Gobierno.

Manifiesta que la regulación salarial y prestacional de los servidores públicos debe estar sujeta siempre a una ley marco.

Un grupo de ciudadanos solicita a la Corte que declare improcedentes las objeciones presidenciales.

Afirman que en el Congreso existen dos categorías dentro del personal: los funcionarios que desarrollan los servicios técnico-administrativos y los empleados que coordinan la labor legislativa, tales como asesores y asistentes de la Unidad de Trabajo Legislativo. Tanto unos como otros tienen el mismo horario, son nombrados por la misma potestad jerárquica, son destinatarios de los mismos regímenes, etc., pero existe una diferencia ostensible, que viola el principio constitucional de igualdad, como es la remuneración asignada, pues la escala salarial de los primeros es fijada mediante decreto, y a los segundos se les remunera mediante la asignación de un total estimable en salarios mínimos. Así las cosas, estos últimos, es decir, los asistentes y asesores, gozan de mayores prerrogativas y oportunidades económicas que los otros.

De acuerdo con lo anterior, consideran que el proyecto de ley objetado se ajusta a los preceptos consagrados por la Constitución Política, pues finiquita la discriminación imperante en el seno de las cámaras legislativas.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte goza de competencia para definir la controversia suscitada entre el Presidente de la República y el Congreso acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto objetado, según lo dispone el artículo 241, numeral 8, de la Carta Política.

2. La atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos corresponde al Presidente de la República, en desarrollo de leyes marco.

De conformidad con el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política, el Congreso de la República tiene a su cargo, mediante leyes que la doctrina ha denominado "marco" o "cuadro", dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Por su parte, el artículo 151 de la Carta determina que el Congreso expide leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ley orgánica el Congreso debe establecer sus propios reglamentos y los de cada una de las cámaras.

No es propio de la ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso fijar régimen salarial alguno, sino señalar las disposiciones a las que debe sujetarse el trámite de los asuntos a cargo de la Rama Legislativa, tanto en el campo de la aprobación o improbación de los proyectos de ley y de acto legislativo como en lo referente al control político, a las elecciones

que el Congreso y sus cámaras deben efectuar y al ejercicio de las demás funciones y competencias a su cargo.

El tema salarial y prestacional es ajeno a esa materia, específicamente delimitada por la Constitución y, por lo tanto, las disposiciones que lo consagren deben plasmarse, no en el reglamento del Congreso sino en leyes generales que tracen las pautas a las que deba someterse el Ejecutivo con tal fin, y que no son otras que las ya mencionadas del artículo 150, numeral 19, literal e), de la Carta.

Como mediante la ley marco se establecen apenas las directrices, posteriormente desarrolladas por el Gobierno a través de decretos administrativos, el Congreso no puede, al dictar una ley en las materias dichas, vaciar de contenido la atribución que la Constitución confía al Presidente de la República y, por tanto, le está vedado establecer ella misma y de modo absoluto todos los elementos de la regulación.

En efecto, lo propio del sistema constitucional en cuanto al reparto de competencias en los asuntos previstos por el artículo 150, numeral 19, de la Constitución, es la existencia de una normatividad compartida entre los órganos legislativo y ejecutivo, de tal modo que en su primera fase se establezcan reglas o pautas caracterizadas por su amplitud y con una menor mutabilidad o flexibilidad, mientras que en la segunda, dentro de tales orientaciones, se especifiquen y concreten las medidas que gobiernen, según las circunstancias y necesidades, y con gran elasticidad, la respectiva materia.

Si el Congreso, en tales temas, deja de lado su función rectora y general para entrar de lleno a establecer aquellas normas que debería plasmar el Ejecutivo con la ya anotada flexibilidad, de manera que no quede para la actuación administrativa campo alguno, en razón de haberse ocupado ya por el precepto legal, invade un ámbito que no le es propio -el del Presidente de la República- y, por tanto, vulnera no sólo el artículo 150, numeral 19, de la Constitución sino el 113, a cuyo tenor los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pese a la colaboración armónica entre ellos, que se orienta a la realización de los fines de aquél. Además, al dejar el campo de fijación de pautas generales para ingresar en forma total en el de su desarrollo específico, el Congreso infringe la prohibición contemplada en el artículo 136, numeral 1, de la Constitución Política: "Inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades".

Adicionalmente, al incluirse normas como las mencionadas en la ley orgánica del reglamento del Congreso, aparece desvirtuado el artículo 151 de la Constitución, que circunscribe tal tipo de leyes a establecer el régimen de la actividad legislativa propia de aquél.

Ello no quiere decir, como ya lo ha destacado la jurisprudencia de la Corte, que el límite trazado por la Constitución entre los dos momentos de actividad de regulación estatal en las aludidas materias se encuentre demarcado de manera absoluta, ni que, por lo tanto, carezca el Congreso de competencia para formular algunas precisiones necesarias a la política general que adopta en la respectiva ley marco, particularmente si el asunto objeto del mismo ha sido reservado por la Constitución a la ley.

La Corte reitera:

> *"Ahora bien, establece el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política, que la materia objeto de análisis, en cuanto corresponde al régimen prestacional de los empleados públicos, ya que las cesantías reguladas en los preceptos que se examinan son prestaciones sociales, debe tratarse por el Congre-*

so mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco.

En efecto, la facultad estatal de regulación de las diversas materias contempladas en el indicado mandato constitucional debe ejercerse en dos momentos: uno, a cargo del Congreso, en el cual se fijan las grandes directrices, los objetivos y criterios y las reglas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno cuando cumpla la gestión a él encomendada; otro, precisamente a cargo del Ejecutivo, en el cual se establecen con carácter mucho más específico y concreto las medidas aplicables a cada uno de los rubros genéricamente previstos por el legislador, lo que implica una considerable ampliación de la potestad reglamentaria". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997. Ms. Ps. Drs.: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa).

Lo que se quiere significar es que, en esa regulación, debe existir siempre un margen, disponible para el Ejecutivo, que le permita, sin desbordar los lineamientos legales, adaptar las disposiciones aplicables a las sucesivas coyunturas que se presenten dentro de la vigencia de la ley marco.

Así, cuando en materia salarial se establecen, como ocurre en el presente caso, los grados correspondientes a determinados empleos, enunciados al detalle, señalando inclusive los niveles salariales correspondientes, la norma legal es, por definición, específica, y cubre la totalidad del campo de regulación, haciendo necesario que tales grados y niveles salariales únicamente puedan ser modificados por otra norma legal, de donde se infiere que el margen de maniobra del Gobierno es nulo, ya que, si entra a hacer adaptaciones, modifica en realidad lo dispuesto por el legislador, cuando lo que busca el régimen constitucional concebido para el efecto es la existencia de un espacio de actividad administrativa suficientemente amplio como para estipular niveles y grados diversos y cambiantes dentro de pautas generales ya consagradas en la ley.

Vistas las características del artículo 1 del proyecto de ley objetado, se observa que, al modificar el 387 de la Ley 5 de 1992, fijando la nomenclatura de cargos de la planta de personal del Senado y de la Cámara y estableciendo grados y remuneración para los mismos de manera concreta, no es una norma marco, pues no señala pautas para que el Gobierno actúe, sino que entra de manera directa y total a consagrar el régimen salarial de los empleados del Congreso. En consecuencia, se trata de un precepto inconstitucional, por las anotadas razones, en lo cual asiste razón al Presidente de la República, que lo objetó.

Por contera, si de una ley marco se trataba y era esa categoría normativa la que ha debido adoptarse con la finalidad de nivelación buscada por el Congreso, era de iniciativa reservada al Gobierno en los términos del artículo 154 de la Constitución. Y, puesto que ninguno de los ministros presentó el proyecto de ley a consideración del Congreso, y ni siquiera lo coadyuvó posteriormente -como de manera expresa lo afirma en sus intervenciones ante la Corte-, existe también al respecto un vicio de inconstitucionalidad insaneable.

La Corte debe advertir que, si declara fundadas las objeciones presidenciales en los aspectos dichos, lo hace por razón del carácter perentorio de las normas constitucionales que rigen la materia, pero no en razón del contenido mismo de la disposición aprobada por el Congreso, que desde el punto de vista material es plausible y de interés social, ya que resulta necesario introducir equilibrio en materia salarial entre los empleados de las cámaras. No obstante, el mecanismo escogido y la forma de obrar el legislador no se ajusta a la Carta por

las razones expuestas. Si el Congreso desea nivelar los salarios de sus servidores, debe proceder de conformidad con lo indicado en el artículo 150, numeral 19, de la Constitución y expedir, a iniciativa del Gobierno, una norma marco que deba ser luego desarrollada por el Presidente de la República.

3. **La creación de cargos para el control interno en el Senado y la Cámara de Representantes.**

Por el contrario, la Corte no encuentra que sean inconstitucionales los artículos 2, 3, 4 y 5 del proyecto objetado.

El artículo 2, en aplicación de lo dispuesto por la Ley 87 de 1993, crea las oficinas coordinadoras de control interno del Senado y de la Cámara, adicionando al efecto en lo pertinente la Ley 5 de 1992, y señalando los cargos que se requieren en las correspondientes dependencias.

Estas dos normas se expiden en desarrollo del numeral 20 del artículo 150 de la Constitución, que faculta al Congreso, mediante ley, para "crear los servicios administrativos y técnicos de las cámaras".

No debe olvidarse que, en armonía con dicho precepto, el artículo 135 de la Constitución incluye, dentro de las facultades de cada Cámara, la de "proveer los empleos creados por la ley para el cumplimiento de sus funciones" (subraya la Corte).

Por su parte, atendiendo a lo estipulado por el artículo 13 de la Ley 87 de 1993, se crea el Comité Coordinador del Sistema de Control Interno de las dos cámaras.

El artículo 4 ordena al Gobierno autorizar las partidas presupuestales correspondientes para el cumplimiento de la ley, al paso que el 5 señala su vigencia, la fecha a partir de la cual produce efectos fiscales y las derogaciones que de ella se desprenden.

En cuanto a lo primero, es obvio que esta ley ordena el gasto, como corresponde a la función legislativa, pero, para la ejecución del mismo, es necesaria su inclusión en la ley de apropiaciones y la aplicación exacta de los artículos 345 y 346, de la Constitución que señalan:

"Artículo 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

Artículo 346. El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones que deberá corresponder al plan nacional de desarrollo y lo presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura.

En la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a la ley anterior, o a uno propuesto por el gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al plan nacional de desarrollo.

Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de presupuesto de rentas y ley de apropiaciones".

En lo que respecta al segundo tema -la definición sobre vigencia de las normas- ello corresponde, por esencia, a la atribución del legislador, en los términos del artículo 150, numeral 1, de la Constitución.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. DECLARANSE fundadas las objeciones presidenciales formuladas contra el artículo 1 del proyecto de Ley número 248/97 Senado-50/96 Cámara, disposición que, en consecuencia, es INEXEQUIBLE.

Segundo. DECLARANSE infundadas las objeciones presidenciales formuladas contra los demás artículos del proyecto de ley aludido, que, por tanto, en relación con las mismas, son EXEQUIBLES.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General.

SENTENCIA C-197
mayo 13 de 1998

INICIATIVA LEGISLATIVA PARA GASTO PUBLICO

A la luz de las actuales normas constitucionales, los congresistas gozan de facultad suficiente para presentar proyectos de ley que supongan gasto público, en el entendido de que la etapa de expedición de la ley que ordena el gasto no se confunde con la de aprobación del presupuesto anual de rentas y ley de apropiaciones. Este último sí debe tener origen en el Gobierno y ser presentado al Congreso dentro de los primeros días de cada legislatura. Y el gasto previamente ordenado, para poderse ejecutar, requiere ser incluido en el respectivo presupuesto, según lo ordenado en el inciso segundo del artículo 345 de la Carta.

LEY INTERPRETATIVA-Contenido

La interpretación toca necesariamente la materia tratada en las normas que se interpretan, de modo que si la Constitución ha señalado ciertos trámites y exigencias para que el Congreso legisle acerca de un tema, ellos son aplicables tanto a la norma básica que desarrolla la función correspondiente como a las disposiciones que se dicten para desentrañar su sentido por vía de autoridad.

LEY INTERPRETATIVA-No puede crear ley nueva

El Congreso no puede, so pretexto de interpretar una ley anterior, crear otra nueva y diferente, pues si de la esencia de la norma interpretativa es su incorporación a la interpretada para conformar con ella una sola y única regla de derecho cuyo entendimiento se unifica cuando con autoridad el legislador fija su alcance, se reputa haber regido siempre en los mismos términos y con igual significado al definido en la disposición interpretativa. Y, por supuesto, si de lo que se trata en verdad es de impartir un mandato que en su fondo -con independencia del título que se le asigne- es distinto del que venía rigiendo, tendría un carácter retroactivo y modificaría, en contra de la Constitución, situaciones jurídicas que ya se habían consolidado a la luz de la normatividad precedente. En vez de interpretar la norma de transición, se plasma un mandato nuevo que ni ella ni otra norma jurídica del sistema de seguridad social habían establecido.

PENSION DE EMPLEADOS PUBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL-Regulación por iniciativa gubernativa/**OBJECION PRESIDENCIAL**-Procedencia

Se quiso regular la materia de pensiones -que es de índole prestacional- para el caso de los servidores públicos de los niveles territoriales. Y ello, como lo ha repetido la Corte, es propio de una ley "marco" que el Ejecutivo debe desarrollar (artículo 150, numeral 19, literales d) y e), de la Constitución). El proyecto de ley correspondiente requería iniciativa

exclusiva del Gobierno, por tratarse de una ley marco, según lo dispone el artículo 154 de la Constitución. Como tal iniciativa provino de miembros del Congreso, según lo probado, y el Ejecutivo no sólo no presentó el proyecto, sino que se abstuvo de coadyuvarlo y, más aún, lo ha objetado, está clara la existencia del vicio de inconstitucionalidad, que la Corte habrá de declarar.

Referencia: Expediente OP-023.

Objeciones Presidenciales por inconstitucionalidad en relación con el artículo 1 del proyecto de Ley número 48/97 Senado, 151-190/96 Cámara de Representantes, "Mediante la cual se aclaran los artículos 146 de la Ley 100 de 1993 y 1 de la Ley 332 de 1996".

Magistrados Ponentes: Drs. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO y HERNANDO HERRERA VERGARA.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

El Presidente del Senado de la República envió a la Corte Constitucional el expediente relativo al trámite del proyecto de Ley número 48/97 Senado, 151-190/96 Cámara de Representantes, "Mediante la cual se aclaran los artículos 146 de la Ley 100 de 1993 y 1 de la Ley 332 de 1996", objetado por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad, a cuyo respecto las cámaras legislativas han insistido, de donde resulta que deba esta Corporación dirimir el conflicto.

Se recibió igualmente el concepto emitido por el Procurador General acerca de los puntos constitucionales materia de este debate.

La Corte Constitucional, una vez cumplidos los requisitos señalados en el Decreto 2067 de 1991, procede a adoptar decisión de fondo en el asunto planteado, para lo cual goza de competencia en los términos de los artículos 167 y 241, numeral 8, de la Constitución Política.

II. TEXTO

El proyecto de ley objeto de examen dice:

"LEY No....

"mediante la cual se aclaran los artículos 146 de la Ley 100 de 1993 y 1° de la Ley 332 de 1996"

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Decreta:

ARTICULO 1°. *Se le agrega el siguiente parágrafo al artículo 146 de la Ley 100 de 1993.*

PARAGRAFO UNICO. *En concordancia con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aclárase que las condiciones consagradas en las disposiciones territoriales referentes a edad, tiempo y monto, continuarán siendo aplicables a los servidores públicos que al momento de entrar a regir el sistema de seguridad social en pensiones se encontraba en el régimen de transición que consagra la norma mencionada.*

En los demás aspectos, dichas normas han perdido toda vigencia a partir del 23 de diciembre de 1993".

III. LAS OBJECIONES PRESIDENCIALES

El Presidente de la República, haciendo uso de la facultad que contemplan los artículos 166, 167 y 200, numeral 1, de la Constitución Política, se abstuvo de sancionar el proyecto de ley en referencia, que le había sido enviado por el Congreso para su sanción, y lo objetó parcialmente por los siguientes motivos, que a su juicio configuran la inconstitucionalidad total de lo aprobado:

1. Considera el Presidente que el artículo 1 del proyecto de ley vulnera el artículo 151 de la Constitución, que expresamente sujeta la actividad legislativa a las leyes orgánicas que expida el Congreso.

El Ministerio de Hacienda no ha otorgado el aval necesario para el trámite de esta clase de proyectos de ley, con clara incidencia en el presupuesto de funcionamiento de la Nación, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 39 y 40 del Decreto 111 de 1996, por medio del cual se cumplen las normas orgánicas del presupuesto.

2. Ante las restricciones fiscales de las entidades territoriales, no es procedente que se les aumenten las cargas a través de un proyecto de ley como el que nos ocupa, pues en tal evento, la Nación (en desarrollo del principio de universalidad que rige al sistema en materia de manejo de pensiones), tendría que asumir el pago de las obligaciones que estos entes no estarían en condiciones de pagar.

3. El artículo 1 del proyecto viola el 13 de la Constitución (derecho a la igualdad): las situaciones jurídicas definidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, con base en las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, continúan vigentes (artículo 146 de la Ley 100 de 1993); tienen derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones quienes con anterioridad a la vigencia del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 cumplan los requisitos exigidos por dichas normas.

"De esta manera -dice el Presidente-, el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 sólo cobija las situaciones jurídicas definidas al amparo de las normas anteriores a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, la sanción de la ley. Las personas que no se encontraban en una situación jurídica concreta, porque no habían cumplido los requisitos previstos por las normas anteriores, no tienen derecho al tratamiento previsto por el artículo 146 de la ley".

Añade el Jefe del Estado que, como el objeto del artículo 146 en mención es regular la transición entre normas legales, es claro que, la norma hace referencia al régimen legal anterior al cual se encontraban afiliados sus destinatarios al entrar en vigencia el Sistema.

"Por consiguiente -concluye- dichas normas territoriales mencionadas no pueden continuar rigiendo, toda vez que el artículo 146 sólo cobija situaciones jurídicas concretas al momento de entrar a regir la ley y en razón a que el régimen de transición no las incluye".

Y termina diciendo:

> *"Si las situaciones extralegales no se encuentran contenidas en los artículos 146 o en el 36 de la Ley 100 de 1993, el parágrafo agregado revive unas disposiciones que dejaron de producir efectos a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, disposiciones que por consagrar privilegios en favor de un sector de los servidores públicos sin el debido fundamento de racionalidad y proporcionalidad constituye ostensible vulneración del principio constitucional de la igualdad de las personas ante la ley".*

3. Para el Presidente de la República, el artículo 1 del proyecto de ley no es realmente aclaratorio, si se tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 (tal como quedó el texto después de la Sentencia C-410 de 1997, por medio de la cual se declaró inexequible la expresión "dentro de los dos años siguientes", toda vez que ésta quebrantaba el ordenamiento superior porque equiparaba una mera expectativa a un derecho adquirido) y lo dispuesto por el artículo 36 de la misma ley que rige el régimen de transición".

IV. LA INSISTENCIA DEL CONGRESO

Las cámaras legislativas hicieron suyos los argumentos que expusieron en sendos conceptos los senadores Mauricio Zuluaga Ruiz y Pedro Jiménez Salazar y los representantes Manuel Ramiro Velásquez, William Vélez Mesa y Armando Molina, e insistieron en la constitucionalidad del proyecto parcialmente objetado.

Tales criterios pueden resumirse así:

1. La disposición objetada hace parte de una ley interpretativa, cuya finalidad no es otra que dar claridad a los artículos 146 y 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al alcance y ámbito personal de aplicación de las normas sobre régimen de transición. La ley aclarada en este caso determina las condiciones bajo las cuales nace el derecho a la pensión de vejez y el monto de dicha pensión. Desde luego, se trata de las pensiones de los servidores de las entidades territoriales, lo cual implica que el proyecto tendrá alguna repercusión -positiva o negativa, aún no se sabe- en los gastos de aquellas entidades territoriales -no todas- que tenían regímenes pensionales autónomos y diferentes a las leyes generales que regían la materia.

2. Como lo ha expresado la Corte Constitucional, a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991, los congresistas readquirieron la iniciativa para presentar proyectos de ley que decreten gasto público.

3. La doctrina de la Corte Constitucional ha sostenido que la iniciativa parlamentaria para presentar proyectos de ley que decreten gasto público no conlleva la modificación o adición del presupuesto general de la Nación. Simplemente esas leyes servirán de título para que posteriormente, a iniciativa del Gobierno, se incluyan en la ley anual de presupuesto las partidas necesarias para atender los gastos decretados.

De lo anterior se infiere que el proyecto en cuestión no tiene el contenido de aquellos que, según el artículo 154 de la Carta, sólo pueden ser presentados por el Ejecutivo al Congreso; dicho proyecto no se encamina a incluir una partida en el presupuesto de gastos de la Nación sino a interpretar el alcance de una norma sobre pensiones de jubilación a cargo de ciertos departamentos y municipios de Colombia.

4. El proyecto objetado, en cuanto implica modificación de las erogaciones de las entidades territoriales, no produce directamente la más mínima alteración en las obligaciones de funcionamiento o de inversión a cargo de la Nación. Ni siquiera crea gastos que haya de asumir necesariamente la Nación. No existe imperativo derivado de la Constitución que obligue a ésta a asumir las cargas pensionales de tales entidades.

5. No es aceptable el argumento del Presidente de la República en el sentido de que el proyecto de ley viola la Ley Orgánica del Presupuesto.

El artículo 39 del Decreto 111 de 1996 prevé en su inciso 2 que "los proyectos de ley mediante los cuales se decreten gastos de funcionamiento sólo podrán ser presentados, dictados o reformados por iniciativa del Gobierno a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Ministro del ramo en forma conjunta".

Con una interpretación conforme a la Constitución, la expresión "proyectos de ley" en esta norma legal sólo puede significar: "proposiciones de inclusión de gastos o partidas en el presupuesto nacional". Obsérvese, además, que se trata de una disposición contenida en la Ley Orgánica relativa al presupuesto (su preparación, aprobación y ejecución); y que se trata de precepto incluido en el Capítulo correspondiente al presupuesto de gastos o Ley de Apropiaciones. Por lo tanto, mal puede extenderse su aplicación a ámbitos distintos a la elaboración del presupuesto anual.

6. En cuanto al cargo de violación del derecho a la igualdad, el documento del Congreso afirma:

> *"...existe una finalidad constitucionalmente relevante para el tratamiento favorable cual es la necesidad de respetar unas expectativas avanzadas de adquirir el derecho a la pensión de vejez a quienes habían laborado un considerable lapso (las dos terceras partes del tiempo total exigido) bajo el régimen pensional territorial y a quienes al momento de entrar en vigencia la nueva ley ya habían superado la mitad de la edad exigida bajo el régimen anterior.*
>
> *Un orden materialmente justo tiene que dar cuenta no sólo de los derechos adquiridos en sentido formal sino también de las expectativas ya consolidadas conforme a unas reglas de juego que son objeto de un súbito cambio. La misma razón que llevó al legislador a respetar de manera general las expectativas avanzadas de quienes estaban regidos por los sistemas legales y convencionales de pensiones anteriores a la Ley 100, esa misma razón obra en favor de quienes gozaban de iguales o similares expectativas, aunque surgidas de una fuente normativa autónoma de las entidades territoriales. Así como el haber dejado intactos muchos regímenes legales y convencionales especiales (de los maestros, los miembros de las Fuerzas Militares, de los trabajadores de Ecopetrol, por ejemplo) no es suficiente tacha de tratamiento desigualitario en contra de la Ley 100, tampoco lo puede ser el que hubiera permitido a los servidores de entidades territoriales que ya tenían una expectativa cercana al derecho adquirido, mantener su régimen especial.*
>
> *(...)*
>
> *Muy contrariamente al planteamiento del ejecutivo, lo que cabe afirmar es que la aclaración que busca introducir el Proyecto objetado es la única interpretación compatible con el imperativo constitucional de igualdad de trato, y, en consecuencia, dicho Proyecto viene a subsanar un aparente vacío legal constitutivo de trato discriminatorio en contra de quienes habiendo cotizado durante más de quince años o teniendo ya más de cuarenta años los varones y treinta y cinco las mujeres, quedarían sin absolutamente ninguna protección o reconocimiento de su expectativa consolidada, por la simple circunstancia de que laboraban en una entidad territorial. No puede catalogarse como igualdad de trato dejar a un grupo de servidores públicos que han laborado ya gran parte de su vida bajo un determinado sistema pensional, en las mismas condiciones de quienes apenas inician su vida de servicio público, y todo ello en el marco de una nueva ley que ha establecido una justa norma de transición para la generalidad de trabajadores del sector público y privado.*
>
> *Si la interpretación del Gobierno fuera válida, nos encontraríamos frente a la inexplicable e injustificable conclusión de que frente al propósito unificador de la Ley*

100, los únicos trabajadores que hoy no gozan del beneficio de un régimen de transición son los servidores de las entidades territoriales. Tal distinción sí que carece de un fundamento razonable, carece de todo fundamento. Acorde con una interpretación igualitaria, cuando el artículo 36 de la Ley 100 utiliza la expresión "régimen anterior al cual se encuentran afiliados", debe incluir todo tipo de sistemas normativos que regulaban la materia, independientemente de su nivel territorial o de la fuente formal de derecho que los contenga (ley, reglamento, convención, ordenanza, acuerdo). Un régimen se define como un sistema normativo autárquico que disciplina integralmente un aspecto de la vida social.

Por ello, una omisión del legislador en aclarar debidamente esta materia equivale a tolerar de manera indolente las aplicaciones discriminatorias de la ley, que ya se han empezado a dar (prueba de ello es la propia interpretación del Gobierno sobre el alcance de los artículos 146 y 36 de la Ley 100)".

7. Por último, señala el Congreso:

"De lo dicho, es legítimo deducir que no son aceptables las razones de inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno y que detrás de lo que se presenta como objeción por inconstitucionalidad lo que en realidad se esconde es un reparo relativo a la conveniencia del Proyecto (en el fondo se trata de una objeción de inconveniencia disfrazada de una tacha de injuridicidad); un reparo que señala los problemas que para algunos fiscos territoriales puede acarrear tal iniciativa, pero que, ni está debidamente justificado en un estudio serio de su real impacto presupuestal, ni por sí mismo, de ser cierto, constituiría una razón de inconstitucionalidad".

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Jefe del Ministerio Público pide a la Corte declarar fundadas las objeciones presidenciales formuladas.

Dice al respecto:

"1. En primer lugar, es necesario advertir que el Gobierno en sus objeciones plantea una supuesta hipótesis que la norma no consagra, como es que en razón del principio de universalidad pensional y teniendo en cuenta la precariedad de recursos de las entidades territoriales, a la postre corresponderá a la Nación efectuar los pagos de las pensiones que allí se reconoce.

No puede aceptarse que toda alusión, referencia o mención que haga la ley de un gasto que corresponda a los departamentos o los municipios necesariamente implique un gasto del orden nacional, pues admitir lo contrario conduciría a desdibujar la autonomía y fortalecimiento que el Constituyente atribuyó a las Entidades Territoriales, por lo anterior, no son de recibo tales argumentos para justificar la inconstitucionalidad de la norma objetada.

2. El reparo del Ejecutivo tiene su fundamento constitucional en el artículo 151 de la Carta, cuando afirma que era necesario el aval del Ministro de Hacienda para la presentación del proyecto objetado parcialmente.

El artículo 39 del Decreto 111 de 1993, dispone que los proyectos de ley mediante los cuales se decretan gastos de funcionamiento deben ser presentados, dictados o reformados por iniciativa del Gobierno a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y del Ministro del Ramo en forma conjunta.

En efecto, el proyecto establece un gasto de funcionamiento, por las siguientes razones:

El inciso primero del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 consagra la vigencia de las pensiones de jubilación extralegales con base en las disposiciones municipales y departamentales, para las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, en favor de los servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las mismas o sus órganos descentralizados concedidas por las entidades territoriales.

La disposición objetada establece la vigencia de las mismas prestaciones extralegales para los servidores públicos que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraban en el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social Integral.

Como consecuencia de lo anterior, se crean nuevos gastos de funcionamiento en la medida que se establecen erogaciones destinadas a cubrir los emolumentos correspondientes a las prestaciones extralegales de los servidores públicos en régimen de transición, las cuales no están contempladas en el artículo 36 referido.

De otra parte, la norma no hace cosa distinta de revivir el inciso segundo del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que fue retirado del ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-410 de 1997, por vulnerar el artículo 13 de la Carta".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Necesaria iniciativa del Gobierno. Exigencias constitucionales de las leyes interpretativas.

Estima la Corte que las objeciones presidenciales están llamadas a prosperar, pero únicamente en lo que respecta a la iniciativa para presentar el proyecto de ley, que según la Constitución Política corresponde al Ejecutivo y no a los miembros de las cámaras.

Ese vicio, sin embargo, no se encuentra vinculado con el argumento del Presidente de la República acerca de una supuesta reserva de la iniciativa al Gobierno cuando se trata de dictar leyes que ocasionen gasto público.

Por una parte, la Corte reitera que, a la luz de las actuales normas constitucionales, los congresistas gozan de facultad suficiente para presentar proyectos de ley que supongan gasto público, en el entendido de que la etapa de expedición de la ley que ordena el gasto no se confunde con la de aprobación del presupuesto anual de rentas y ley de apropiaciones. Este último sí debe tener origen en el Gobierno (artículo 154 C.P.) y ser presentado al Congreso dentro de los primeros días de cada legislatura (artículo 346 C.P.). Y el gasto previamente ordenado, para poderse ejecutar, requiere ser incluido en el respectivo presupuesto, según lo ordenado en el inciso segundo del artículo 345 de la Carta.

Por otro lado, es claro que la norma objetada en este caso no contempla un gasto en cabeza de la Nación; no es ese su objeto básico ni su propósito. Lo que se busca mediante ella no es otra cosa que hacer valer hacia el futuro los requisitos especiales que en el pasado hubiesen previsto las entidades territoriales para que sus servidores tuvieran derecho a pensiones, en los aspectos de edad, tiempo y monto, como expresamente lo dice el alegato del Congreso al insistir en el proyecto de ley aprobado.

Advierte la Corte que, tratándose de los pasivos pensionales de los servidores públicos de las entidades territoriales, el artículo 267 de la Ley 100 de 1993 establece:

*"**Artículo 267. Estimación del Pasivo Pensional y reaforo de rentas.** El Gobierno Nacional calculará antes del 31 de diciembre de 1994 el pasivo pensional con relación a sus servidores públicos y el de las entidades territoriales con sus respectivos servidores, causada a 31 de diciembre de 1993.*

El costo para calcular dichos pasivos lo absorberá la Nación, para lo cual el Gobierno Nacional está autorizado para efectuar las adiciones y traslados requeridos en el Presupuesto General de la Nación...".

A la luz de esa norma, mal podría tener lugar aclaración alguna por parte de la disposición objetada, pues como resulta de aquélla, la situación relacionada con el pasivo pensional de servidores de las entidades territoriales, cuyos derechos estaban consolidados cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, estaba resuelta por el legislador.

De ello se desprende que la norma aprobada no supone un gasto nuevo para la Nación en cuanto a esos pasivos, aunque sí una reformulación de requisitos para obtener pensión por parte de quienes todavía no tienen definida su situación al respecto.

Así las cosas, para esta Corporación el problema constitucional del proyecto no reside en el hecho de que pueda dar lugar a gasto público, ni tampoco en una posible ruptura del principio de igualdad, ya que de su texto no se infiere un trato discriminatorio entre personas que se encuentren en idénticas circunstancias.

Acontece que se trata de una norma sustancialmente nueva y no de una interpretativa -como lo pretende el Congreso-, a tal punto que con base en ella resultan revividas disposiciones de los órdenes departamental y municipal que habían dejado de regir al expedirse la Ley 100 de 1993 y que a partir de la Constitución de 1991 no podían ni pueden ya dictar ni asambleas ni concejos por expresa prohibición de su artículo 150, numeral 19. Esta norma, en lo referente a prestaciones sociales de los servidores públicos -y la pensión de la que se trata lo es- dispuso de manera perentoria que las facultades para su regulación son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y que ellas no podrán arrogárselas.

La Corte ya ha señalado cuál debe ser el contenido de una ley interpretativa por vía de autoridad (artículo 150, numeral 1, C.P.) para que no viole la Constitución:

"...aunque la atribución de interpretar las leyes no puede confundirse con ninguna de las funciones que se ejercen por medio de las disposiciones interpretadas, la norma interpretativa se incorpora a la interpretada constituyendo con ésta, desde el punto de vista sustancial, un solo cuerpo normativo, un solo mandato del legislador, es decir, en virtud de la interpretación con autoridad -que es manifestación de la función legislativa- el Congreso dispone por vía general sobre la misma materia tratada en la norma objeto de interpretación pues entre una y otra hay identidad de contenido.

Si ello es así, la ley interpretativa -como también acontece con la que reforma, adiciona o deroga- está sujeta a los mismos requisitos constitucionales impuestos a la norma interpretada: iniciativa, mayorías, trámite legislativo, términos especiales, entre otros, según la ley de que se trate. (Subraya la Corte).

En otras palabras, la interpretación toca necesariamente la materia tratada en las normas que se interpretan, de modo que si la Constitución ha señalado ciertos trámites y exigencias para que el Congreso legisle acerca de un tema, ellos son

aplicables tanto a la norma básica que desarrolla la función correspondiente como a las disposiciones que se dicten para desentrañar su sentido por vía de autoridad". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-270 del 13 de julio de 1993).

De modo que el Congreso no puede, so pretexto de interpretar una ley anterior, crear otra nueva y diferente, pues si de la esencia de la norma interpretativa es su incorporación a la interpretada para conformar con ella una sola y única regla de derecho cuyo entendimiento se unifica cuando con autoridad el legislador fija su alcance, se reputa haber regido siempre en los mismos términos y con igual significado al definido en la disposición interpretativa. Y, por supuesto, si de lo que se trata en verdad es de impartir un mandato que en su fondo -con independencia del título que se le asigne- es distinto del que venía rigiendo, tendría un carácter retroactivo y modificaría, en contra de la Constitución, situaciones jurídicas que ya se habían consolidado a la luz de la normatividad precedente.

En el caso bajo examen resulta evidente que, si las disposiciones de las entidades territoriales anteriores a la Ley 100 de 1993 dejaron de existir desde la vigencia de ésta hacia el futuro -sin perjuicio de los derechos adquiridos consolidados a su amparo y bajo su vigencia- y si, por otra parte, no podían ser restablecidas por asambleas y concejos por expresa prohibición constitucional, estatuir que "continuarán siendo aplicables a los servidores públicos que al momento de entrar a regir el sistema de seguridad social en pensiones se encontraban en el régimen de transición (artículo 36 de la Ley 100 de 1993)...", implica ni más ni menos que la introducción de un precepto, antes no contemplado en la legislación, que trae de nuevo a la vida jurídica las normas que se entendían derogadas. Así, en vez de interpretar la norma de transición, se plasma un mandato nuevo que ni ella (artículo 36 de la Ley 100 de 1993) ni otra norma jurídica del sistema de seguridad social habían establecido.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 definió con claridad quiénes se hallaban en el régimen de transición en materia de pensiones cuando ella principió a regir:

*"**Artículo 36. Régimen de Transición**. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (Subraya la Corte).

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falte para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Indice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE, sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos

años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

Parágrafo. *Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio".*

Por su parte, el artículo 146 *ibidem* señaló, en relación con los servidores públicos de las entidades territoriales:

*"**Artículo 146. Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales.** Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones Municipales o Departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.*

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley". (Subraya la Corte).

Y no puede olvidarse que esta Corte (Sentencia C-410 del 28 de agosto de 1997. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara) declaró inexequibles las expresiones "dentro de los dos años siguientes", que hacían parte del inciso segundo de dicha norma, de lo cual resulta que el campo de aplicación de los requisitos para acceder a la pensión quedó íntegramente definido por la ley, incluidas las personas que se hallaban en el régimen de transición, sin lugar a

hacerles extensivas las reglas anteriores de origen territorial, a no ser en los casos en los cuales se trataba de situaciones jurídicas ya definidas con anterioridad a la vigencia de aquélla. Son tales normas, proferidas antes por las entidades territoriales, las que ahora el Congreso, anunciando que interpreta los transcritos mandatos legales, incorpora a las situaciones jurídicas correspondientes aún no definidas, con evidentes efectos modificatorios en ellas.

Claro está, aparece de bulto que se quiso regular la materia de pensiones -que es de índole prestacional- para el caso de los servidores públicos de los niveles territoriales. Y ello, como lo ha repetido la Corte, es propio de una ley "marco" que el Ejecutivo debe desarrollar (artículo 150, numeral 19, literales d) y e), de la Constitución). Sobre el particular, puede consultarse la Sentencia C-196 de esta misma fecha.

Dedúcese de lo dicho que el proyecto de ley correspondiente requería iniciativa exclusiva del Gobierno, por tratarse de una ley marco, según lo dispone el artículo 154 de la Constitución.

Como tal iniciativa provino de miembros del Congreso, según lo probado, y el Ejecutivo no sólo no presentó el proyecto sino que se abstuvo de coadyuvarlo y, más aún, lo ha objetado, está clara la existencia del vicio de inconstitucionalidad, que la Corte habrá de declarar.

DECISION

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Decláranse FUNDADAS las objeciones presidenciales formuladas por motivos de inconstitucionalidad en relación con el artículo 1 del proyecto de Ley 48/97 Senado y 151-190/96 Cámara "Mediante la cual se aclaran los artículos 146 de la Ley 100 de 1993 y 1 de la Ley 332 de 1996", precepto que, por tanto, se declara INEXEQUIBLE.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado
–Con salvamento de voto–

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
–Con salvamenteo de voto–

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-197
mayo 13 de 1998

OBJECION PRESIDENCIAL-Improcedencia/**SERVIDORES PUBLICOS DE ENTIDADES TERRITORIALES**-Régimen jubilatorio de transición (Salvamento de voto)

La norma objetada no es una norma nueva, pues no crea una nueva prestación; tampoco es una norma interpretativa, en sentido estricto, sólo busca que con base en el artículo 36 de la Ley 100/93 se aplique el régimen de transición en pensiones en forma igualitaria para todos los empleados y trabajadores, incluyendo a aquéllos a que alude el artículo 146 de la misma ley. En tal virtud, es indiscutible que el Congreso sí disponía de iniciativa para crearla.

Referencia: Expediente OP-023.

Objeciones Presidenciales al proyecto de Ley 48/97 Senado y 151-190/96 Cámara, "mediante la cual se aclara los artículos 146 de la Ley 100 de 1993 y 1o. de la Ley 332 de 1996".

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Con el respeto debido por la decisión mayoritaria, adoptada por la Sala Plena de la Corporación en el asunto de la referencia, procedemos a exponer las razones de nuestro salvamento de voto parcial a dicha decisión, en los siguientes términos:

1. La mayoría resolvió declarar fundadas las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno, por motivos de constitucionalidad, en relación con el artículo 1 del proyecto de Ley 48/97 Senado y 151-190/96 Cámara mediante la cual se aclaran los artículos 146 de la Ley 100/93 y 1 de Ley 332 de 1996.

2. La anterior decisión tuvo su fundamento en la circunstancia de que si bien la norma objetada no contemplaba un gasto en cabeza de la Nación, lo que ella buscaba era "hacer valer hacia el futuro los requisitos especiales que en el pasado hubiesen previsto las entidades territoriales para que sus servidores tuvieran derecho a pensiones, en los aspectos de edad, tiempo y monto, como expresamente lo dice el alegato del Congreso al insistir en el proyecto de ley aprobado"; es decir, que no se trata propiamente de una disposición interpretativa, sino de una norma sustancialmente nueva "a tal punto que con base en ella resultan revividas disposiciones de los órdenes departamental y municipal que habían dejado de regir al expedirse la Ley 100 de 1993 y que a partir de la Constitución de 1991 no podían ni pueden ya dictar ni asambleas ni concejos por expresa prohibición de su artículo 150, numeral 19. Esta norma, en lo referente a prestaciones sociales de los servidores públicos -y la pensión que se trata lo es- dispuso de manera perentoria que las facultades para su regulación son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y que ellas no podrán arrogárselas".

Recaba la sentencia de cuya decisión nos apartamos que el Congreso no puede, so pretexto de interpretar una ley anterior, crear otra nueva y diferente. En efecto se anota:

"... pues si de la esencia de la norma interpretativa es su incorporación a la interpretada para conformar con ella una sola y única regla de derecho cuyo entendimiento se unifica cuando con autoridad el legislador fija su alcance, se reputa haber regido siempre en los mismos términos y con igual significado al definido en la disposición interpretativa. Y, por supuesto, si de lo que se trata en verdad es de impartir un mandato que en su fondo -con independencia del título que se le asigne- es distinto del que venía rigiendo, tendría un carácter retroactivo y modificaría, en contra de la Constitución, situaciones jurídicas que ya se habían consolidado a la luz de la normatividad precedente".

"En el caso bajo examen resulta evidente que, si las disposiciones de las entidades territoriales anteriores a la Ley 100 de 1993 dejaron de existir desde la vigencia de ésta hacia el futuro -sin perjuicio de los derechos adquiridos consolidados a su amparo y bajo su vigencia- y si, por otra parte, no podían ser restablecidas por asambleas y concejos por expresa prohibición constitucional, estatuir que "continuarán siendo aplicables a los servidores públicos que al momento de entrar a regir el sistema de seguridad social en pensiones se encontraban en el régimen de transición (artículo 36 de la Ley 100 de 1993)...", implica ni más ni menos que la introducción de un precepto, antes no contemplado en la legislación, que trae de nuevo a la vida jurídica las normas que se entendían derogadas. Así, en vez de interpretar la norma de transición, se plasma un mandato nuevo que ni ella (artículo 36 de la Ley 100 de 1993) ni otra norma jurídica del sistema de seguridad social habían establecido".

3. El artículo 146 de la Ley 100/93, en su redacción original, es decir, antes del fallo de la Corte contenido en la sentencia C-410/97[1], decía lo siguiente:

> *"Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales y departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes".*
>
> *"También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas".*
>
> *"Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica situaciones de las personas a que se refiere este artículo".*
>
> *"Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley".*

Es de anotar que la Corte en la sentencia C-410/97, antes referenciada, declaró exequible el artículo 146 de la Ley 100/93, con excepción de la expresión *"o cumplan dentro de los dos años siguientes"*, que fue declarada inexequible.

4. El parágrafo aclaratorio que se adiciona al artículo 146 de la Ley 100 de 1993, como puede deducirse de su simple confrontación con la norma legal, antes de su inexequibilidad parcial, no persigue restablecer el privilegio a favor de los servidores de las entidades

[1] M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

territoriales en el sentido de que pueden pensionarse con arreglo a las disposiciones regionales anteriores a la Ley 100/93, si logran cumplir dentro de los dos años subsiguientes a la vigencia de este Estatuto, los requisitos que en dichas normas se exigían, regulación esta que la Corte consideró contraria al principio de igualdad, porque la ley la establecía sólo para los referidos servidores, sino que sólo pretende extender, aplicando el principio de igualdad, para los funcionarios municipales y departamentales la prerrogativa consagrada en el inciso segundo del artículo 36 de la misma Ley 100, de acuerdo con el cual, "la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicio cotizado, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados".

Parece que ni los congresistas que presentaron el proyecto, ni los ponentes que lo analizaron ni, en general, el Congreso se percataron de que tal prerrogativa de la Ley 100, establecida como una medida de transición por su artículo 36, se extendió desde su vigencia a todos los servidores públicos, incluyendo por supuesto a los de los organismos locales y regionales, en virtud de que el artículo 11 de la referida ley había dispuesto la aplicación del sistema general de pensiones, incluyendo la referida prerrogativa, "a todos los habitantes del territorio nacional", con excepción de quienes se encontraran en los casos relacionados expresamente en el artículo 279 ibídem, y dentro de los cuales no se mencionan servidores municipales o departamentales.

Así lo señaló la Corte en la sentencia C-410/97, al advertir:

> *"De la misma manera, el régimen de transición en referencia se aplica íntegramente a los empleados o servidores públicos o personas vinculadas a las entidades territoriales, según lo dispuesto en los artículos 11 y 279 de la Ley 100 de 1993, y por consiguiente, ellos se encuentran sometidos a las prescripciones determinadas en el mismo, sin ninguna otra restricción diferente a lo estipulado en el artículo 36 ibidem, razón por la cual, cuando entró a regir el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a los servidores públicos del orden territorial que a 1o. de abril de 1994 se encontraban dentro de los supuestos normativos del inciso 2o. del precepto acusado, le son aplicables las condiciones consagradas en las disposiciones de orden territorial referentes a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión fijadas en dicha norma, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 de la ley en referencia".*

No cabe duda, entonces, que con arreglo a la Ley 100 de 1993 los servidores de las referidas entidades pueden pensionarse de acuerdo al régimen departamental y municipal anterior a la vigencia de la ley mencionada, siempre que reúnan las exigencias condicionantes del artículo 36 sobre edad, (35 si son mujeres y 40 si son hombres) o, 15 años o más de servicios cotizados.

En estas condiciones la norma objetada parecería superflua, porque regula, innecesariamente, una prerrogativa ya consagrada en la Ley 100 de 1993 en favor de los servidores de las entidades regionales y locales, sin embargo, esta situación no constituye, a la luz de nuestra Constitución Política una tacha de inconstitucionalidad, porque por sí misma no comporta una contradicción con ésta.

5. Finalmente consideramos que el aval que la Corte dio al artículo 146 de la Ley 100/93, cuando lo declaró constitucional, tiene las siguientes consecuencias:

- Legitimó las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la Ley 100/93, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados.

- Concedió expresamente el derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, a quienes con anterioridad a la vigencia de dicha norma hayan cumplido los correspondientes requisitos.

- Al haberse legitimado las situaciones jurídicas creadas por las disposiciones en materia de pensión en el orden regional y local, hay que entender, para asegurar el principio de igualdad, que dicha legitimación se predicaba no sólo para efectos de adquirir el derecho a la pensión, sino, igualmente en lo concerniente al tiempo de servicio que para efectos de la pensión se había laborado con arreglo a dichas normas. En efecto, si se leen con detenimiento los incisos 2o y 3o. del artículo 146 en cuestión, fácilmente se llega a esta conclusión, por lo tanto, el artículo 36 de la Ley 100/93, sobre régimen transitorio, es una norma general que gobierna todo el sistema de pensiones diseñado por la Ley 100/93 y, por consiguiente, a las situaciones especiales creadas por las disposiciones regionales y locales en materia de pensiones.

6. En conclusión, la norma objetada no es una norma nueva, pues no crea una nueva prestación; tampoco es una norma interpretativa, en sentido estricto, sólo busca que con base en el artículo 36 de la Ley 100/93 se aplique el régimen de transición en pensiones en forma igualitaria para todos los empleados y trabajadores, incluyendo a aquéllos a que alude el artículo 146 de la misma ley. En tal virtud, es indiscutible que el Congreso si disponía de iniciativa para crearla.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIAS SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES

MAYO 1998

SENTENCIA C-226
mayo de 13 de 1998

TRATADO SOBRE TRASLADO DE CONDENADOS CON COSTA RICA PARA EJECUCION DE SENTENCIAS PENALES-Cooperación judicial/**REPATRIACION DE PRESOS**

El tratado busca conciliar sus objetivos de reconciliación con la preservación de la función punitiva de parte de los Estados trasladantes, por lo cual, en principio, la persona condenada debe cumplir en el Estado receptor con la pena que le fue impuesta por el Estado trasladante. Sin embargo, se posibilita la concesión de ciertos beneficios penales que entrañan una reducción de la pena, por razones tales como la buena conducta, trabajo o estudio, siempre y cuando se cuente con la aceptación del Estado trasladante. La Corte considera que, en la medida en que se trate de fomentar la cooperación judicial internacional, estas normas encuentran perfecta armonía en la soberanía de los Estados, principio que orienta la política exterior de Colombia, según las voces de los artículos 9º y 226 superior.

EXEQUATUR-Exclusión

En virtud del carácter voluntario de las repatriaciones, se justifica que el artículo 5º num. 3 del tratado señale que para el traslado de la persona y el cumplimiento de la condena de acuerdo con las leyes y procedimientos del Estado receptor, no requiere de exequátur, *lo cual no implica vicio de inconstitucionalidad, no sólo por cuanto que el* exequátur *es un instituto de naturaleza legal y no constitucional, sino además porque el tratado establece garantías a los derechos del condenado y reposa en la voluntariedad misma de los traslados. En tales condiciones, si es el propio condenado quien solicita o acepta su traslado al Estado receptor, la Corte entiende que es un mecanismo razonable suprimir el trámite del* exequátur *a fin de dinamizar los procesos mismos de repatriación, objetivo mismo del tratado.*

SOBERANIA DE LAS DECISIONES DEL ESTADO-Límites

La discrecionalidad y soberanía de los Estados al tomar una decisión de trasladar o no a una persona condenada, no autorizan que Colombia pueda efectuar un manejo arbitrario o discrecional de los procedimientos previstos en el cuerpo del tratado internacional, ya que éste consagra los requisitos para que se pueda efectuar un traslado, los procedimientos para llevar a cabo las peticiones, así como los criterios, que debe orientar las decisiones que otorgue o niegue una repatriación.

Referencia: Expediente LAT-106.

Revisión de constitucionalidad de la Ley 404 de 1997 "Por medio de la cual se aprueba el tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre

el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica", suscrito en Santa Fe de Bogotá D.C. el 15 de marzo de 1996.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D. C., mayo veinte (20) mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

El 17 de septiembre de 1997, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, a través de oficio S. J. 2200, remitió a esta Corporación, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 241 de la C.P., fotocopia autenticada de la Ley 404 de 1997 "Por medio del cual se aprueba el tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica", suscrito en Santa Fe de Bogotá D. C. el 15 de marzo de 1996.

El día 7 de octubre de 1997, el Magistrado Sustanciador a través de auto de la misma fecha, asumió la revisión de la Ley 404 de 1997 y del tratado que la misma aprobó, para lo cual ordenó la práctica de las siguientes pruebas: solicitó a las Secretarías Generales de la Cámara de Representantes y del Senado de la República, el envío de la copia del correspondiente expediente legislativo, y ordenó que una vez cumplido lo anterior, por Secretaría General, se procediera a la fijación en lista del negocio y a practicar el traslado correspondiente al Despacho del señor Procurador General de la Nación, para efectos de recibir el concepto de su competencia. Una vez cumplidos todos los trámites indicados para esta clase de actuaciones procesales de control de constitucionalidad, procede la Corte a pronunciar su decisión.

II. EL TEXTO DE LA NORMA REVISADA

"LEY 404

"16 de septiembre de 1997

"POR MEDIO DE LA CUAL SE APRUEBA EL TRATADO SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS PARA EJECUCION DE SENTENCIAS PENALES ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA"; suscrito en Santa Fe de Bogotá, D. C., el 15 de marzo de 1996.

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

DECRETA

Visto el texto del tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de la República de Costa Rica", suscrito en Santa Fe de Bogotá, D. C., El 15 de marzo de 1996.

"TRATADO SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS PARA EJECUCION DE SENTENCIAS PENALES ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA".

"El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica a quienes en lo sucesivo se les denominará 'las partes',

DESEOSOS de establecer mecanismos que permitan fortalecer y facilitar la cooperación judicial internacional;

RECONOCIMIENTO que la asistencia entre las Partes para la ejecución de las sentencias penales condenatorias es aspecto importante dentro de la política de cooperación bilateral;

CONSIDERANDO que la reinserción social del delincuente es una de las finalidades de la ejecución de condenadas,

EN CONSECUENCIA, guiados por los principios de amistad y cooperación que prevalecen en sus relaciones, han acordado celebrar el siguiente Tratado, por el cual se regula el traslado de las personas condenadas, cuando fueren nacionales colombianos o costarricenses.

ARTICULO I

AMBITO DE APLICACION

El presente Tratado se aplicará a los nacionales de una Parte, que hayan sido condenados en la otra Parte, con el fin de que las penas impuestas puedan ejecutarse en establecimientos penitenciarios o carcelarios, bajo la vigilancia de las autoridades competentes del Estado Receptor, de conformidad con las disposiciones legales vigentes del respectivo Estado, en concordancia con el presente tratado.

El presente tratado también podrá aplicarse a infractores menores de edad y a las personas a las cuales la autoridad competente del Estado Trasladante hubiera declarado inimputables, para lo cual deberá obtenerse el consentimiento de quien esté legalmente facultado para otorgarlo.

ARTICULO II

DEFINICIONES

Para los efectos del presente Tratado se entenderá por:

1. "Estado Trasladante" el Estado donde haya sido dictada la sentencia condenatoria y del cual la persona condenada habrá de ser trasladada.

2. "Estado Receptor" el Estado al cual se traslada la persona condenada para continuar con la ejecución de la sentencia dictada en el Estado Trasladante.

3. "Sentencia" es la decisión judicial definitiva en la que se impone a una persona, como pena por la comisión de un delito, la privación de libertad o restricción de la misma, en un régimen de libertad vigilada, condena de ejecución condicional u otras formas de supervisión sin detención. Se entiende que una sentencia es definitiva cuando no esté pendiente recurso legal ordinario contra ella en el Estado Trasladante, y que el término previsto para dicho recurso haya vencido.

4. "Persona condenada" es la persona que ha sido condenada por un tribunal o juzgado del Estado trasladante mediante sentencia definitiva.

ARTICULO III

EXCEPCIONES

No podrán acogerse a los beneficios del traslado de personas condenadas:

1. Los nacionales de una Parte que sean residentes permanentes en el territorio de la otra Parte.

2. Los sentenciados por un delito que no esté tipificado en ambas Partes.

3. Quienes tengan pendiente en el Estado trasladante otros procesos penales.

4. Quienes tengan pendiente en el Estado trasladante el pago de indemnizaciones por responsabilidad civil, a no ser, que el solicitante demuestre la absoluta incapacidad de cumplir con el pago de la sanción impuesta por motivos de pobreza.

5. Las personas condenadas respecto de las cuales exista una solicitud de extradición hecha por un tercer Estado, que se encuentre en trámite o que haya sido acordada.

No obstante lo citado en los párrafos precedentes, las personas condenadas a quienes se les hubiere negado el traslado, podrán presentar una nueva solicitud ante la autoridad que emitió dicha decisión, siempre y cuando no persistan las causales de denegación y se cumpla con el lleno de los requisitos establecidos para tal fin.

ARTICULO IV

REQUISITOS

Las solicitudes presentadas por nacionales de una de las Partes para ser trasladados al país de su nacionalidad deberán ser formuladas por el condenado o por su representante legal, ante la Autoridad Central del Estado Trasladante con el lleno de los siguientes requisitos.

1. Que la persona condenada sea nacional del Estado Receptor.

2. Que la persona condenada solicite expresamente su traslado por escrito.

3. Que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena no sean de tipo político.

4. Que la condena a cumplirse no sea la pena de muerte.

5. Que la sentencia mediante la cual se impuso la sanción en ejecución se encuentre en firme, y que no exista, aparte de lo anterior, causa legal alguna que impida la salida del sentenciado del territorio nacional.

6. Que al momento de presentar la solicitud de traslado, la persona condenada demuestre por lo menos el cumplimiento del 50% de la pena impuesta, a menos de que se trate del caso establecido en el numeral 3 del artículo séptimo.

7. Que la aplicación de la sentencia no sea contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado Receptor.

El cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Tratado, no implica para los Estados la obligación de conceder el traslado.

ARTICULO V

JURISDICCION

1. Tanto el Estado Receptor como el Estado Trasladante tendrán Facultad discrecional para conceder o negar el traslado de la persona condenada. Esta decisión es soberana y deberá ser comunicada al interesado.

2. Para el cómputo de la pena cumplida, el Estado Receptor reconocerá las decisiones o medidas legales proferidas por las autoridades competentes del Estado Trasladante, cuando estas impliquen la reducción de la pena al nacional que ha solicitado el traslado, por factores tales como buena conducta, trabajo o estudio, siempre y cuando estas decisiones o medidas legales sean reconocidas en la Decisión por medio de la cual el Estado Trasladante manifieste su conformidad con el traslado.

3. Sin necesidad de exequatur, *la persona condenada continuará cumpliendo en el Estado Receptor, la pena impuesta en el Estado Trasladante de conformidad con la legislación interna del Estado Receptor.*

4. El Estado Trasladante mantendrá jurisdicción exclusiva con referencia a las sentencias impuestas a las personas condenadas que hayan sido trasladadas.

5. Bajo ninguna circunstancia, la condena impuesta en el Estado Trasladante podrá aumentarse en el Estado Receptor.

6. La situación de la persona condenada no será agravada por el traslado.

7. La persona condenada que sea trasladada para la ejecución de una sentencia no podrá ser investigada, juzgada ni condenada por el mismo delito que motivó la sentencia a ser ejecutada.

ARTICULO VI

AUTORIDADES CENTRALES

Las Partes designan como Autoridades Centrales encargadas de ejercer las funciones previstas en este Tratado, al Ministerio de Justicia y del Derecho por parte de la República de Colombia y al Ministerio de Justicia y Gracia por parte de la República de Costa Rica.

ARTICULO VII

CRITERIOS

De conformidad con el artículo cuatro del presente Tratado, las Partes tendrán en cuenta al tomar la decisión de concede o denegar el traslado, entre otros, los siguientes criterios:

1. La decisión de trasladar personas para el cumplimiento de sentencias penales se realizará gradualmente para lo cual se adoptará el estudio de caso por caso;

2. Las partes prestarán especial atención a las personas condenadas a quienes se haya comprobado plenamente que sufren una enfermedad que se encuentra en su fase terminal o sean de edad muy avanzada;

3. Circunstancias agravantes y atenuantes de los delitos;

4. Las posibilidades de reinserción social se la persona condenada, teniendo en cuenta, entre otras, la conducta del condenado durante el tiempo de reclusión;

ARTICULO VIII

TRAMITE

1. La persona condenada deberá presentar ante la Autoridad Central del Estado Trasladante, la solicitud de traslado la cual deberá contener la siguiente información:

a) El nombre, apellidos y documento de identificación del peticionario;

b) De ser procedente, la última dirección en el país de su nacionalidad;

c) Una exposición de los motivos para solicitar el traslado;

d) Nombre del centro en el cual se encuentra recluido;

e) Nombre de la autoridad judicial que lo sentenció;

f) Fecha de la detención o de la privación de la libertad;

g) Declaración escrita del condenado en la que manifieste su consentimiento para ser trasladado.

2. Una vez recibida la solicitud de traslado, la Autoridad Central del Estado Trasladante estudiará la información consignada y en caso de que no esté completa, la devolverá al interesado con el fin de que éste la complete.

3. Con el fin de comprobar la nacionalidad de la persona condenada, la Autoridad Central del Estado Trasladante enviará a la Autoridad Central del Estado Receptor, la impresión de las huellas dactilares de la persona condenada que solicite el traslado.

Igualmente, remitirá copia de la sentencia definitiva a fin de que la Autoridad Central del Estado Receptor, certifique si la conducta descrita en la sentencia ejecutoriada, también está tipificada como delictuosa en su Estado, así sea con denominación distinta.

4. La autoridad Central del Estado Receptor, facilitará a la Autoridad Central del Estado trasladante:

a) Prueba de la calidad de nacional del condenado de conformidad con la legislación del respectivo Estado;

b) Copia de las disposiciones legales del Estado Receptor con base en las cuales los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena en el Estado Trasladante, constituyan una infracción a la ley penal con arreglo al derecho del Estado Receptor.

5. Luego de revisada la solicitud de traslado y sus anexos, la Autoridad Central del Estado Trasladante deberá complementarla y verificarla con la siguiente documentación:

a) Un informe sobre la existencia de otros procesos penales;

b) Un informe sobre la conducta del penado, el tiempo que ha permanecido efectivamente privado de la libertad por razón del proceso en el que fue condenado y la reducción de la pena a la cual ha tenido derecho, hasta el momento de presentar la solicitud, ya sea por buen comportamiento, reducción por trabajo, estudio, enseñanza, entre otros;

c) Informe médico y social acerca del condenado, así como las respectivas recomendaciones a tener en cuenta por el Estado Receptor;

d) Un informe acerca de si el condenado es residente permanente;

6. Una vez esté completa la información requerida, la Autoridad Central del Estado Trasladante dictará una resolución aceptando o denegando la solicitud de traslado, la cual será comunicada al interesado.

7. La Autoridad Central del Estado Trasladante, remitirá la resolución y la documentación anexa, a la autoridad Central del Estado Receptor, con el fin de que ésta a su vez decida sobre su viabilidad y si faltare algún documento solicitare su envío.

8. El Estado Receptor informará al Estado Trasladante a la mayor brevedad posible su decisión de aceptar o denegar el traslado solicitado, a través de la Autoridad Central designada.

9. En caso de ser favorable la decisión de las dos Autoridades Centrales, éstas procederán al traslado de la persona condenada de acuerdo con lo estipulado en el artículo décimo del presente Tratado.

10. La autoridad competente del Estado Receptor determinará el establecimiento carcelario al que deba ser trasladado el condenado. En todo caso, se tomarán en cuenta, entre otros factores como la gravedad del delito, la capacidad de los centros penitenciarios y las condiciones personales del trasladado.

ARTICULO IX

OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTE

1. La Autoridad Central del Estado Trasladante, informará a las personas condenadas a quienes pueda aplicarse este procedimiento del tenor del presente Tratado, así como de las consecuencias jurídicas que se derivan de él:

2. Deberá informarse por escrito a la persona condenada de cualquier gestión emprendida por el Estado Receptor o el Estado Trasladante en aplicación del presente Tratado, así como de cualquier decisión tomada por uno de los dos Estados con respecto a su solicitud de traslado.

3. Las Autoridades Centrales designadas en el artículo sexto, intercambiarán cada seis meses informes sobre la situación en que se halle el cumplimiento de la condena de todas las personas trasladadas o de la ejecución de una sentencia en particular, conforme al presente tratado.

ARTICULO X

ENTREGA DEL CONDENADO Y CARGAS ECONOMICAS

1. La entrega del condenado por las autoridades del Estado Trasladante a las del Estado Receptor se efectuará en el lugar en que convengan las Partes. El Estado Receptor será responsable de la custodia de la persona condenada desde el momento en que se produzca la entrega.

La definición del lugar de entrega deberá ser convenida caso por caso.

2. El Estado Receptor se hará cargo de los gastos del traslado desde el momento en que la persona condenada quede bajo su custodia.

ARTICULO XI

INTERPRETACION

1. Ninguna de las disposiciones contenidas en este Tratado puede ser interpretada en el sentido de que se atribuya a la persona condenada un derecho al traslado.

2. Las dudas o controversias que pudieran surgir en la interpretación o ejecución del presente Tratado serán resueltas directamente, y de común acuerdo por las Autoridades Centrales definidas en el artículo sexto del presente Tratado.

3. Las partes podrán suscribir acuerdos en desarrollo de este Tratado cuando se requiera facilitar el cumplimiento del mismo.

ARTICULO XII

VIGENCIA Y TERMINACION

1. El presente Tratado entrará en vigor a los sesenta (60) días contados a partir de la fecha en que las Partes se comuniquen por Notas Diplomáticas el cumplimiento de sus requisitos constitucionales y legales internos.

2. Cualquiera de los Estados Parte, podrá denunciar este Tratado, mediante notificación escrita al otro Estado. La denuncia entrará en vigor seis meses después de la fecha de notificación. Las solicitudes que hayan sido presentadas

al momento de denunciar el presente tratado seguirán su trámite sin que se vean afectadas por dicha denuncia.

Firmado en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los quince (15) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996), en dos ejemplares originales en idioma español, siendo ambos textos igualmente idénticos.

Por el Gobierno de la República de Colombia,
Rodrigo Pardo García-Peña
Ministro de Relaciones Exteriores,
Carlos Eduardo Medellín B.
Ministro de Justicia y del Derecho.

Por el Gobierno de la República de Costa Rica,
Fernando Naranjo
Ministro de Relaciones Exteriores y Culto,
Maureen Clarke-Clarke.
Ministro de Justicia y Gracia.

EL SUSCRITO JEFE DE LA OFICINA JURIDICA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

HACE CONSTAR:

Que la presente reproducción es fiel copia tomada del original del "TRATADO SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS PARA EJECUCION DE SENTENCIAS PENALES ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA, suscrito en Santa Fe de Bogotá D. C., el 15 de marzo de 1996, que reposa en los archivos de la Oficina Jurídica de este Ministerio.

Dada en Santa Fe de Bogotá, D. C., el primero (1°) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Héctor Adolfo Sintura Varela
Jefe Oficina Jurídica

RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

SANTA FE DE BOGOTA, D. C.

Aprobado. Sométase a la consideración del honorable Congreso Nacional para los efectos constitucionales.

(Fdo.) ERNESTO SAMPER PIZANO

La Ministra de Relaciones Exteriores,

(Fdo.) María Emma Mejía Vélez.

DECRETA:

Artículo Primero: *Apruébase el "TRATADO SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS PARA EJECUCION DE SENTENCIAS PENALES ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA, suscrito en Santa Fe de Bogotá D. C., el 15 de marzo de 1996.*

Artículo Segundo: *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 7a. el "TRATADO SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS PARA EJECUCION DE SENTENCIAS PENALES ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOM-*

BIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA, suscrito en Santa Fe de Bogotá D. C., el 15 de marzo de 1996, que por el artículo primero de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto de la misma.

Artículo Tercero: *La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.*

EL PRESIDENTE DEL H. SENADO DE LA REPUBLICA

Amylkar Acosta Medina

EL SECRETARIO GENERAL DEL H. SENADO DE LA REPUBLICA

Pedro Pumarejo Vega

EL PRESIDENTE DE LA H. CAMARA DE REPRESENTANTES

Carlos Ardila Ballesteros

EL SECRETARIO GENERAL DE LA H. CAMARA DE REPRESENTANTES

Diego Vivas Tafur

REPUBLICA DE COLOMBIA - GOBIERNO NACIONAL

PUBLIQUESE Y EJECUTESE

Previa revisión de la Corte Constitucional, conforme al artículo 241-10 de la Constitución Política.

Dada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los 16 Sep. 97

La Ministra de Relaciones Exteriores,

María Emma Mejía Vélez.

La Ministra de Justicia y del Derecho,

Almabeatriz Rengifo López.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Señor Procurador General de la Nación rindió, en el término legal, el concepto de su competencia y solicitó que se declare la exequibilidad del Tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, suscrito el 16 de septiembre de 1997 y de su ley aprobatoria, con base en los siguientes argumentos:

A. Análisis Formal

Manifiesta el Jefe del Ministerio Público, que no encuentran en este aspecto, vicio alguno de orden formal en cuanto al trámite dado en el Congreso de la República al proyecto de ley aprobatoria del Tratado *sub examine* y la preceptiva superior, dado que el mismo fue publicado oficialmente por el Congreso de la República, antes de darle curso en la comisión respectiva; su discusión se inició en la Comisión Segunda del Senado; se surtieron los debates en las comisiones y plenaria de ambas Cámaras, una vez efectuadas las correspondientes ponencias, las cuales se aprobaron con el quórum establecido para la aprobación de las leyes ordinarias. Los debates se produjeron de conformidad con los términos de iniciación y aprobación dispuestos en la Carta Política, es decir, de ocho días entre el primer y segundo debate, en cada Cámara y de no menos de quince días entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra; y, finalmente, obtuvo la sanción presidencial de rigor, cumplido a cabalidad con los artículos 145, 146, 154, 157, 158, 160 y 241 superiores.

B. **Análisis Material**

Señala el Procurador General de la Nación, que en la actualidad existe un alto número de nacionales colombianos condenados a penas privativas de la libertad en estados extranjeros, algunos de los cuales se encuentran recluidos en la República de Costa Rica; hecho que motivó la suscripción del Tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, a partir del cual el Estado Colombiano pretende la repatriación de los nacionales presos en ese país, dentro de un marco de cooperación judicial recíproca.

Puntualiza el Ministerio Público, que el Tratado *sub examine* pretende, mediante su aplicación, garantizar los derechos humanos de los detenidos, particularmente, en cuanto tiene que ver con la continuidad de los vínculos familiares afectivos y sociales, con el objeto de hacer eficaces los propósitos de readaptación y reinserción social de las personas sometidas a una sanción penal, impuesta por las autoridades de ambas naciones.

Observa el Procurador que el Tratado contiene previsiones relacionadas con su ámbito de aplicación, incluye definiciones tendientes a establecer el sentido de expresiones tales como "Estado Receptor", "Sentencia", "Persona Condenada"; señala una serie de excepciones a la aplicabilidad del instrumento, fija los requisitos que debe ser atendidos por quienes soliciten el traslado a su país de origen, el trámite correspondiente y los límites que enmarcan la actividad de las autoridades encargadas de darle cumplimiento; igualmente, afirma el Ministerio Público, el tratado determina las obligaciones de los estados partes que se derivan de la adopción del referido instrumento, las cuales tienen que ver con la expedición de informes, desplazamiento y entrega de los condenados como también con las cargas económicas que se desprenden de los términos del Convenio Internacional.

Señala el Procurador General de la Nación, que el Tratado objeto de examen de constitucionalidad no es aplicable automáticamente y no constituye un derecho adquirido para ningún nacional colombiano, pues la repatriación depende del consentimiento de los Estados partes, del examen de las circunstancias de cada caso, de la reciprocidad en el cumplimiento del acuerdo, con lo cual, a juicio del Ministerio Público, el contenido del instrumento salvaguarda la soberanía nacional y cumple con lo ordenado por el artículo 9 de la Constitución Política, según el cual "las relaciones exteriores del Estado se fundamenta en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia", así como con la totalidad de las normas superiores, que el Tratado propende por el respeto de los derechos humanos y el respeto de la dignidad humana, dentro de un marco de cooperación judicial internacional sobre bases de soberanía y reciprocidad entre los Estados.

Con base en las anteriores consideraciones esbozadas, el Ministerio Público, solicita a esta Corporación declarar la exequibilidad del tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre el gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, suscrito en Santa Fe de Bogotá, el 15 de marzo de 1996 y la exequibilidad de la Ley 404 de 1997, por medio de la cual éste fue aprobado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. **La Competencia y el Objeto del Control:**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 de la Constitución Política y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a su competencia,

corresponde a ella el examen de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las leyes aprobatorias de los mismos, después de su sanción presidencial y antes del perfeccionamiento internacional del instrumento.

El control de constitucionalidad que esta Corte debe ejercer en esta materia, es posterior, en cuanto que se trata de una ley que ya ha sido sancionada por el Presidente de la República, una vez agotado el trámite correspondiente en el Congreso, pero es previo, en cuanto el pronunciamiento de la Corte debe anteceder al perfeccionamiento del Tratado internacional, el cual no puede darse sin que exista el fallo de constitucionalidad correspondiente, que le permita al Jefe del Estado efectuar el canje de notas[1].

Segunda. **Examen de Forma:**

Aspectos del Control:

En cumplimiento del artículo 241, numeral 10, de la Carta, el control formal de constitucionalidad que la Corte debe ejercer sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, recae sobre la representación del Estado Colombiano en los procesos de negociación y celebración del instrumento, la competencia de los funcionarios intervinientes y el trámite dado a la ley aprobatoria en el Congreso de la República.

1) La Representación del Estado Colombiano en los Procesos de Negociación y Celebración del Instrumento:

Durante la negociación y celebración del Tratado *sub examine*, la República de Colombia participó de forma directa en la suscripción del Tratado internacional, mediante el Ministro de Relaciones Exteriores, como el de Justicia y del Derecho, Drs. Rodrigo Pardo García-Peña y Carlos Eduardo Medellín Becerra. De acuerdo con lo prescrito en la Convención de Viena, artículo 7 sobre derecho de los tratados, el primero de ellos no requería del otorgamiento de plenos poderes por parte del Jefe del Estado, de la República de Colombia para representar y comprometer los intereses de la Nación frente a un país extranjero, por lo cual, a este respecto, esta Corporación no encuentra vicio alguno de inconstitucionalidad en cuanto a la competencia del funcionario que suscribió el tratado.

2) El Trámite en el Congreso:

Prescribe el artículo 157 superior que ningún proyecto será ley sin los siguientes requisitos:

a) Haber sido publicado oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva.

En el caso *sub examine*, se encuentra que el texto del tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, suscrito el día 15 de Marco de 1996, correspondiente al proyecto de Ley 115 de 1996, Senado, aparece publicado en la Gaceta del Congreso No. 429 de 1996, Año V del miércoles 9 de 1996, páginas 19 a 21).

b) Haber sido aprobado en primer debate en la Comisión permanente, correspondiente de cada Cámara.

Ello ocurrió, según consta en la certificación de 21 de octubre de 1997, expedida por el Secretario General de la Comisión II del Senado, en la cual se lee que el proyecto fue

[1] Sentencia C-333 de 1993, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

discutido y aprobado el día 26 de noviembre de 1996 con 12 votos a favor del mismo y ninguno en contra.

Lo mismo ocurrió en la Cámara de Representantes, según lo certificado por el Secretario General de la Comisión II Constitucional permanente de la Cámara, quien en escrito dirigido a la Secretaria General de la Cámara, el día 14 de mayo de 1997, manifestó que "en la sesión ordinaria del día 14 de mayo de 1997, esa comisión aprobó el proyecto de ley obteniendo 17 votos favorables", como se puede verificar en el acta de la sesión respectiva No. 015 de la misma fecha. La ponencia fue publicada en la Gaceta legislativa No. 120 de 7 de mayo de 1997.

c) Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

Este requisito se surtió en ambas Cámaras en lo relacionado con el trámite del proyecto de ley que se convertiría en la Ley 404 de septiembre 16 de 1997. Efectivamente, el Senado de la República, en sesión plenaria celebrada el día 9 de diciembre de 1996, después de verificar el quórum constitucional, legal y reglamentario aprobó en segundo debate el proyecto de ley cuyo control ocupa a la Corte, según consta en el acta No. 032 de esa fecha y en la certificación del Secretario General de esa Corporación, fechada el día 15 de octubre, dirigida a la Secretaría General de la Corte Constitucional (folio 250 del expediente).

De la misma manera, según constancia expedida por la Secretaría General de la Cámara de Representantes el día 14 de octubre de 1997 (folio 21 del expediente), el proyecto de Ley 226 de 1996 Cámara, fue aprobado el día 21 de julio de 1997, de manera unánime por 106 representantes, de acuerdo con el acta No. 149 de esa fecha y publicada en la Gaceta del Congreso No. 332 de 1997.

d) Haber obtenido la sanción del Gobierno.

Este requisito se cumplió en lo relacionado con el proyecto de Ley No. 115/96 Senado y 226/96 Cámara, al haber sido sancionado por el Presidente de la República el día 16 de septiembre de 1997, convirtiéndose entonces en la ley No. 404 de 1997.

De otra parte, ordena el artículo 160 superior que entre el primero y segundo debate en cada cámara deberá mediar un lapso no inferior a ocho días y que entre la aprobación en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberá transcurrir por lo menos 15 días, requisitos formales que se cumplieron de manera estricta, según se desprende de la Gaceta del Congreso de la República en las que se hicieron las respectivas publicaciones y de las certificaciones y constancias remitidas por las Secretarías correspondientes a esta Corte.

En conclusión, la Ley 404 de 1997, en su aspecto formal, se ajusta a los dispuesto en los artículos 145, 146, 154, 157, 158 y 160 de la Constitución Política.

Tercera. **Examen de Fondo**

El examen de fondo que le corresponde efectuar a esta Corporación, consiste en comparar las disposiciones del texto del tratado internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, con la totalidad de las disposiciones del ordenamiento superior, para determinar si las primeras se ajustan o no a la Carta, independientemente de consideraciones de conveniencia, oportunidad, efectividad o eficiencia, las cuales son extrañas al examen que debe efectuar la Corte Constitucional, que se limita a factores eminentemente jurídicos.

El tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, se compone de un preámbulo y doce artículos, por medio de los cuales ambas naciones buscan, fundamentalmente, establecer mecanismos jurídicos de cooperación judicial internacional

tendientes a garantizar la protección de los derechos humanos de los condenados y asegurar el respeto a su dignidad.

Esta Corporación examinará las disposiciones esenciales del instrumento con el objeto de verificar la constitucionalidad del mismo y determinar si el gobierno nacional puede ratificarlo en su totalidad, si debe manifestar su consentimiento pero formulando alguna reserva de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 241 superior, o si por el contrario debe abstenerse de hacerlo.

1. LOS PROPOSITOS DEL TRATADO. EL AMBITO DE SU APLICACION Y LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL MISMO.

Se exponen en el preámbulo los objetivos que se proponen los Estados partes con la celebración del tratado que se revisa y las razones que fundamentan el acuerdo bilateral, los cuales se contraen al reconocimiento que hacen las dos naciones de la necesidad de propiciar y establecer mecanismos que permitan fortalecer y facilitar la cooperación judicial internacional, mediante la asistencia entre las partes para la ejecución de sentencias penales condenatorias en aspectos importantes dentro de la política de cooperación bilateral tendientes a la reinserción social de los delincuentes, en tanto fin primario de la acción del Estado, propósito que coincide con lo dispuesto en el artículo 1° de nuestra Carta, que consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho que se fundamenta, entre otros, en los principios de respeto a la dignidad humana y de solidaridad y con lo dispuesto en el artículo 93 de la misma, que consagra la prevalencia de los tratados y convenios que reconocen los derechos humanos y lo previsto en el artículo 226 constitucional. Se destaca en esa misma perspectiva la conveniencia de establecer mecanismos de asistencia y cooperación bilateral, que permitan a uno y otro Estado garantizar a sus connacionales, condenados por la comisión de delitos en el Estado transferente, cumplir con dignidad las sentencias que se les impusieron a tiempo que se rehabiliten y se preparen para incorporarse a su núcleo social de origen.

En este orden de ideas, los artículos 1 y 2 del tratado señalan las principales definiciones, el ámbito de aplicación y la mecánica general del tratado, pues tales normas establecen que el convenio regula la eventual repatriación de Colombianos y Costarricenses condenados por la comisión de hechos punibles, a sus naciones de origen (estado receptor), para que cumplan la pena (Estado trasladante), para lo cual las dos naciones deben prestar la más amplia colaboración posible. Igualmente se precisa que el tratado puede beneficiar a los inimputables y menores infractores. La Sala no encuentra objeción constitucional a estas normas que simplemente delimitan el ámbito del tratado. Estima la Corte que el proceso de repatriación contenido en el caso bajo estudio está estructurado con base en el respeto a la soberanía nacional, a la autonomía y dignidad de los derechos del condenado, pues el convenio reposa en el marco de la soberanía y el respeto al derecho punitivo de los Estados; por ello se consagra una amplia discrecionalidad a las autoridades de los estados signatarios del convenio en la aplicación de los procesos de repatriación. Así el tratado, *sub examine* señala que no existe ningún derecho de las personas condenadas a la repatriación (artículo 4), pues todo traslado debe contar con la aprobación de ambos Estados (artículo 5) y las decisiones de ambos Estados son soberanas.

Ahora bien, a juicio de la Corte, el tratado busca conciliar sus objetivos de reconciliación con la preservación de la función punitiva de parte de los Estados trasladantes, por lo cual, en principio, la persona condenada debe cumplir en el Estado receptor con la pena que le fue impuesta por el Estado trasladante. Sin embargo, se posibilita la concesión de ciertos beneficios penales que entrañan una reducción de la pena, por razones tales como la buena conducta, trabajo o estudio, siempre y cuando se cuente con la aceptación del Estado

trasladante (artículo 5). La Corte considera que, en la medida en que se trate de fomentar la cooperación judicial internacional, estas normas encuentran perfecta armonía en la soberanía de los Estados, principio que orienta la política exterior de Colombia, según las voces de los artículos 9 y 226 superior.

2. LA EJECUCION EN COLOMBIA DE SENTENCIAS PENALES PROFERIDAS POR AUTORIDADES DE OTROS PAISES CONTRA NACIONALES COLOMBIANOS

El propósito básico del instrumento *sub examine* consiste en que los nacionales de los países que los suscriben, Colombia y Costa Rica, condenados en uno diferente al propio, por conductas que en ambos se consideran delictuosas, puedan a solicitud propia, del Estado trasladante o del Estado receptor, pero siempre con el consentimiento expreso del condenado, obtener su traslado al país de origen con el fin de que se les permita que las penas impuestas puedan ejecutarse en establecimientos penitenciarios y carcelarios de su país de origen y cumplir la respectiva sentencia.

A propósito de la ejecución en Colombia de sentencias penales proferidas por autoridades extranjeras a nacionales colombianos. Dijo en reciente fallo la Corte lo siguiente:

> *"En el mundo contemporáneo, tal mecanismo se reconoce y en consecuencia se afianza cada vez más, como una medida eficaz de colaboración y cooperación entre países, dado el carácter transnacional de un elevado número de tipos delictivos, que exigen de la comunidad internacional el diseño de programas de cooperación tendentes a aunar esfuerzos para contrarrestarlos, programas que deben incluir estrategias que van desde la prevención hasta el desarrollo de acciones concretas, que permitan la rehabilitación y reinserción a la sociedad de los individuos condenados por los mismos, como es el caso del instrumento que se revisa.*
>
> *Es así como en nuestro ordenamiento legal, específicamente en los artículos 533 y 534 del Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, se consagra dicha posibilidad, estableciendo de manera expresa los presupuestos que se deben dar para que ella sea viable:*
>
> *"**Artículo 533. Ejecución en Colombia**. Las sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales colombianos podrán ejecutarse en Colombia a petición formal de las respectivas autoridades extranjeras, formulada por la vía diplomática."*[2]
>
> *"**Artículo 534. Requisitos.** Para que una sentencia extranjera de las referidas en el artículo anterior contra colombianos capturados, privados de la libertad o condenados en el exterior, pueda ser ejecutada en Colombia se requiere:*
>
> *"1. Que no imponga penas distintas ni superiores a las previstas en el Capítulo I del Título IV del código penal.*
>
> *"2. Que no se oponga a la Constitución y las leyes colombianas.*
>
> *"3 Que se encuentre en firme de conformidad con la ley del país de origen, y se presente según los convenios y tratados internacionales.*
>
> *"4 Que en Colombia no exista actuación procesal en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre los mismos hechos, salvo lo previsto en el numeral 1o. del artículo 15 del Código Penal.*

---

[2] El texto original del artículo 533 del Decreto 2700 de 1991, se refería únicamente a los nacionales colombianos **por adopción**; ésta última expresión, "**por adopción**", fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia No C-264 de 1995, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Fabio Morón Díaz.

"5 Que a falta de tratados públicos, el estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos".

Al analizar las normas transcritas, con el objeto de resolver una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra ellas, esta Corporación manifestó lo siguiente:

"...previo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, es posible ***ejecutar*** *en Colombia, sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales colombianos por adopción y por nacimiento, previa petición formal de las respectivas autoridades extranjeras formulada por la vía diplomática, hipótesis recogida* in extenso *como se ha advertido en el artículo 533 del estatuto procesal penal y desarrollada en los artículos 534, 535, y 536 de ese ordenamiento. Adviértase que para el caso de la* ***ejecución*** *de las sentencias condenatorias proferidas en el exterior contra nacionales colombianos por nacimiento, el Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 35 de la Carta Fundamental, distingue entre los capturados que han sido privados de la libertad en el exterior y los que se encuentran en nuestro país; así, para los nacionales colombianos por nacimiento que han sido privados de la libertad en el exterior y condenados en el exterior TAMBIEN es posible cumplir la pena en nuestro país por virtud del trámite previsto en los artículos 534 y 535 del Código de Procedimiento Penal llamado* exequatur, *adelantado por la vía diplomática y judicial especial, mientras para los nacionales colombianos por nacimiento que hayan sido condenados en el exterior pero que se encuentren en nuestro país y que no hayan sido privados de la libertad en el exterior, sólo es posible al funcionario judicial nacional competente incorporar la sentencia debidamente ejecutoriada como una pieza probatoria dentro del proceso que se adelante o llegare a adelantar en el país, ya que según los términos del citado artículo 35, los colombianos que hayan cometido delitos en el exterior serán procesados y juzgados en Colombia." (Corte Constitucional, Sentencia C- 541 de 1992, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).*

En este orden de ideas, a juicio de la Sala, es claro entonces que el tratado *sub examine*, pretende que nacionales colombianos, por nacimiento o por adopción, que hayan sido condenados en la República de Costa Rica, por conductas que en nuestro país también constituyen delito, puedan cumplir sus penas en Colombia y viceversa, lo que no contradice el ordenamiento superior colombiano, ya que, tal como se prevé en el contenido del instrumento bilateral, de una parte éste se ejecutará conforme al ordenamiento interno de casa país, y de otra, las decisiones que adopten uno y otro para dar aplicación al acuerdo, son siempre soberanas, según lo expresa el artículo 5° del mismo. A juicio de la Corte, el tratado permite el desarrollo de mecanismos de cooperación judicial internacional entre los países, objeto que desarrollan plenamente los mandatos de los artículos 9 y 226 superiores.

3. **LA AUSENCIA DEL *EXEQUATUR* EN EL TRATADO QUE SE EXAMINA**

Dice el numeral 3 del artículo 5° del tratado que se revisa:

"Sin necesidad de exequatur, *la persona condenada continuará cumpliendo en el Estado receptor, la pena impuesta en el Estado trasladante de conformidad con la "legislación interna del Estado receptor".*

Esta Corporación en reciente fallo dijo lo siguiente a propósito de la exequibilidad de un instrumento similar al estudiado por la Corte en esta ocasión.

"Si los países partes se comprometen a cumplir los compromisos adquiridos a través del tratado, de acuerdo con las leyes y procedimientos establecidos en el

ordenamiento interno de cada uno de ellos, tal como lo consagra la norma transcrita, surge el siguiente interrogante: si, como lo ha dicho esta Corporación, "las regulaciones contenidas en los artículos 533 y 534 del C.P.P., ***imponen la operancia del*** **exequátur** ***cuando se trate de la ejecución de sentencias condenatorias extranjeras"***[3]*, ¿podía el legislador, a través de la ley aprobatoria del tratado objeto de revisión, suprimir ese requisito para los casos del traslado de nacionales colombianos condenados en el Reino de España, a nuestro país, para que cumplan aquí sus sentencias?*

La respuesta a este interrogante implica analizar lo referido al alcance de las facultades que se le atribuyen al Congreso de la República, en relación con los tratados internacionales que celebre el gobierno nacional, los cuales se someten a su aprobación, de conformidad con lo establecido en el numeral 17 del artículo 150 de la C.P.; esto es, determinar si ese organismo tenía o no competencia para modificar el alcance de un requisito que se reconoce, se deriva e impone de una regulación legal vigente, contenida en unas normas del C.P.P.: los artículos 533 y 534, específicamente:

- En los casos en que el Congreso, al aprobar un tratado internacional en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 150 de la Carta Política, no expresa reserva propiamente dicha o declaración interpretativa respecto del mismo, no obstante que las disposiciones del instrumento suprimen un requisito que se impone del contenido de un precepto legal vigente, se puede entender que está derogando, modificando o restringiendo el alcance de la aplicación de ese requisito.

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 189 de la Constitución Política, le corresponde al Gobierno dirigir las relaciones internacionales y celebrar con otros estados y entidades de derecho internacional tratados y convenios que se someterán a la aprobación del Congreso; el Congreso, a su vez, al conocer los tratados internacionales sometidos a su consideración, podrá hacer declaraciones interpretativas o reservas propiamente dichas sobre los mismos, siempre que ellas no impliquen enmiendas al texto del tratado, las cuales por lo demás están prohibidas en el artículo 217 de la Ley 5 de 1992, contentiva del Reglamento del Congreso. Sobre el particular ha dicho está Corporación:

"... reiterando el criterio expuesto en la Sentencia C-227 de 1993, la Corte Constitucional, considera que también el Congreso puede hacer declaraciones interpretativas al aprobar un tratado, puesto que es obvio que si puede excluir ciertas disposiciones (reserva propiamente dicha) puede también aceptar ciertas cláusulas pero condicionadas a una determinada interpretación (declaraciones o reservas interpretativas). (Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Pero qué pasa si no las hace y aprueba un texto que modifica un requisito que, ha dicho esta Corte, se impone de normas legales vigentes contenidas el Código de Procedimiento Penal, específicamente de los artículos 533 y 534 del mismo; puede ello interpretarse como una derogatoria, modificación o restricción de tal requisito?

Para determinar este aspecto es pertinente remitirse a lo dicho por esta Corporación en relación con el exequátur*:*

'... en su acepción más simple el exequátur *es la autorización que emite, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con miras a la aplicación o*

[3] Corte Constitucional, Sentencia C- 264 de 1995, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

ejecución de una sentencia extranjera, todo dentro de la filosofía que impone la cooperación de los diversos países en la lucha contra el delito, y de la vigencia del derecho interno en favor de todas las personas, principalmente en lo que hace a la inderogabilidad de los Derechos Constitucionales Fundamentales..."

'Claro resulta entonces, que el exequátur *tiene principal operancia cuando se trata de la ejecución de la sentencia condenatoria extranjera, ejecución que es posible dentro de la regulación establecida por los artículos 533, 534 y 535 del Código de Procedimiento Penal, esto es, cuando tal providencia se profiere en contra de extranjeros o de nacionales colombianos por adopción, e incluso por nacimiento, siempre que éstos últimos hayan sido capturados o privados de la libertad en el exterior y se proponga la ejecución de la sentencia en Colombia." (Corte Constitucional, Sentencia C- 541 de 1992, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).*

El exequátur *se erige entonces como un "... especial trámite garantizador de los derechos fundamentales"*[4]*, no obstante, no es una figura de rango constitucional, que como tal no pueda ser suprimida o modificada, o su alcance restringido por el legislador, y en tal sentido se pronunció esta Corporación en la ya citada Sentencia C- 541 de 1992:*

'El hecho de omitir el control que por vía de exequátur *ejerce la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre sentencias extranjeras condenatorias e incorporadas como medio de prueba, no implica violación o desconocimiento del debido Proceso, ya que aquella figura no es de rango constitucional y corresponde al legislador proveer al respecto, claro está con el respeto a los derechos constitucionales fundamentales, reforzados especialmente en materia penal...' (C-541 de 1992).*

A juicio de la Corte, el propósito del legislador al aprobar la Ley 404 de 1994, fue la de aceptar la omisión del control por vía de *exequatur* para atender las solicitudes de ejecución de sentencias condenatorias proferidas por las autoridades judiciales de la República de Costa Rica, contra nacionales colombianos que cumplan sus sentencias en ese país, propósito que formalizó el Gobierno de Colombia y el de Costa Rica, al suscribir el tratado objeto de revisión, y podía hacerlo, pues como quedó establecido, ésta es una figura que no tiene origen en la voluntad del constituyente, si no que le corresponde establecer al legislador cuando lo considere procedente, siempre, claro está, que la omisión modificación o supresión de la misma no implique desmedro o vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas, lo cual no ocurre en el tratado que se revisa, pues a lo largo de su texto se encuentran disposiciones tendientes a protegerlos, que coinciden en su esencia, con las disposiciones previstas en los artículos 533 y 534 del C.P.P.

Se concluye entonces que la decisión del legislador en el caso que se analiza, al aprobar a través de la Ley 404 de 1997, el tratado objeto de revisión, fue la de limitar el alcance de las normas legales contenidas en los artículos 533 y 534 del C. de P. P., relativas a la operancia del *exequatur* cuando se trate de la ejecución de sentencias condenatorias extranjeras proferidas en Costa Rica. A juicio de la Corte, el legislador al expedir la ley aprobatoria del tratado restringió su alcance, pues este mecanismo judicial no será aplicable en tratándose de solicitudes provenientes de la República de Costa Rica, para las cuales, como quedó consignado en el numeral 3 del artículo 5 del tratado que se revisa, este no será necesario, lo cual no significa que se supriman el control de cumplimiento de los requisitos que se imponen como necesarios para que sea viable el traslado de nacionales colombianos,

[4] *Ibidem*

que cumplan las condenas definitivas en la República de Costa Rica, por conductas que en nuestro país también constituyen delitos, lo que implica que tal control le corresponderá ejercerlo, en desarrollo del tratado internacional que se revisa, y sólo para los casos que surjan en desarrollo del mismo, al Ministerio de Justicia y del Derecho.

A juicio de la Sala, estas disposiciones se ajustan al ordenamiento superior, ya que el traslado de nacionales que cumplen sentencias condenatorias en firme, respecto de las cuales no existan otros procesos pendientes en el Estado trasladante, así como la mecánica del proceso de traslado constituye una actividad administrativa la cual se contrae a una constatación de requisitos; por lo tanto estima la Sala Plena que dicha actividad bien puede desarrollarla un organismo como el Ministerio de Justicia y del Derecho.

En síntesis, en virtud del carácter voluntario de las repatriaciones, se justifica que el artículo 5 num. 3 del tratado señale que para el traslado de la persona y el cumplimiento de la condena de acuerdo con las leyes y procedimientos del Estado receptor, no requiere de *exequatur*, lo cual no implica vicio de inconstitucionalidad, no solo por cuanto que el *exequátur* es un instituto de naturaleza legal y no constitucional, sino además porque el tratado establece garantías a los derechos del condenado y reposa en la voluntariedad misma de los traslados.

En tales condiciones, si es el propio condenado quien solicita o acepta su traslado al Estado receptor, la Corte entiende que es un mecanismo razonable suprimir el trámite del *exequatur* a fin de dinamizar los procesos mismos de repatriación, objetivo mismo del tratado, tal como lo ha entendido esta Corte en su jurisprudencia (C-264/95 y C-541/92, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz, y C-656/96, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

De otro lado, la Corte considera importante precisar que la discrecionalidad y soberanía de los Estados al tomar una decisión de trasladar o no a una persona condenada, no autorizan que Colombia pueda efectuar un manejo arbitrario o discrecional de los procedimientos previstos en el cuerpo del tratado internacional, ya que este consagra los requisitos (artículo 4) para que se pueda efectuar un traslado, los procedimientos para llevar a cabo las peticiones (artículo 8) así como los criterios (artículo 7), que debe orientar las decisiones que otorgue o niegue una repatriación. En sentencia C-656 de 1996, la Corte consideró que:

> *"Además, en el ámbito interno colombiano, esta discrecionalidad de las autoridades no significa que éstas puedan tomar medidas irrazonables, por cuanto, como esta Corte lo ha señalado en innumerables oportunidades, el ejercicio de las potestades discrecionales se debe entender limitado a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados a la autoridad por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad discrecional sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto, se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede. Por ello, la Corte entiende que si bien desde el punto de vista de las relaciones internacionales, las decisiones de los Estados son soberanas y en tal sentido inimpugnables por el otro Estado, desde el punto de vista del derecho interno, la actuación de la autoridad administrativa encargada de aplicar el presente tratado, esto es el Ministerio de Justicia y el Derecho (artículo 4° ord 5°), se encuentra sometida a la Constitución, que es norma de normas (C. P. artículo 4°), por lo cual sus decisiones no pueden ser arbitrarias ni irrazonables. Esta deben fundarse no solo en los propios criterios señalados por el tratado, como las posibilidades de reinserción, el estado de salud, la edad y la situación familiar particular, entre otros, (artículo 8°) sino también en los principios que gobiernan los actos administrativos discrecionales. Por ello, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor la Corte considera que deben ser interpretadas estas*

facultades del Ministerio de Justicia y el Derecho, que son administrativas por su naturaleza, señala con claridad que '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'." (Sentencia C-656/95, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Finalmente, el tratado contiene previsiones relacionadas con su forma de aplicación, incluye definiciones tendientes a establecer el sentido de expresiones tales como "Estado receptor", "Sentencia" y "Persona" Condenada", señala una serie de excepciones a la aplicabilidad del tratado, fija los requisitos que deben ser atendidos por quienes solicitan el traslado a su país de origen , el trámite correspondiente y los límites que enmarcan la actividad de las autoridades administrativas encargadas de darle cumplimiento al mismo, las obligaciones de los estados partes que se contraen al otorgamiento de informes, desplazamiento y entrega de los condenados, como también las cargas económicas que se desprenden de los términos del tratado, los cuales a juicio de la Corte, no contravienen el ordenamiento superior.

Por último, señala lo relativo a la interpretación del tratado, a la solución de las controversias surgidas en su aplicación y su entrada en vigencia y terminación, que no contradicen el orden jurídico superior.

Por las razones expuestas, la Sala Plena encuentra que existe la debida conformidad material del tratado objeto de revisión con las disposiciones de la Carta Política.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE el tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, suscrito en Santa Fe de Bogotá, D. C., el 15 de marzo de 1996, y la Ley 404 del 16 de septiembre de 1997 que lo aprueba.

Segundo. Comuníquese esta decisión al Gobierno Nacional por intermedio de la Secretaría General de la Presidencia de la República, y enviésele copia auténtica de la misma para los efectos constitucionales previstos en el numeral 10 del artículo 241 de la C.P.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA C-227
mayo 20 de 1998

LEY APROBATORIA DE TRATADO-Trámite legislativo

No existe para la Corte Constitucional reparo alguno en cuanto al trámite legislativo de la Ley 421 de 1998, toda vez que cumplió con los requisitos exigidos por el ordenamiento constitucional y legal, razón por la cual éste se encuentra ajustado en los aspectos formales a los preceptos constitucionales.

CONVENIO INTERNACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE ESTUDIOS Y TITULOS DE EDUCACION SUPERIOR

El Convenio se inspira en el fortalecimiento de las relaciones existentes entre estos dos países en lo atinente a la educación, a la cooperación y al intercambio cultural y científico. Su objetivo fundamental, es el reconocimiento y equivalencia de estudios y títulos de educación superior, conferidos por instituciones y centros de enseñanza técnica, tecnológica y universitaria de ambos países, especialmente en áreas como la literatura, la medicina, la biología y la educación física y los deportes, entre otras. E igualmente, que su finalidad está encaminada, a la integración para permitir la libre movilización de profesionales de un país a otro, por cuanto no se puede ignorar el papel orientador que cumple la comunidad intelectual de América en la sociedad moderna.

CONVENIO INTERNACIONAL-Examen material

Examinado el contenido del Convenio sometido a revisión por parte de esta Corporación, no sólo no se encuentra que sus preceptos sean opuestos a la Constitución Política, sino que, por el contrario, la desarrollan y hacen efectivos sus postulados fundamentales. Los preceptos del Convenio se dirigen a permitir no sólo el intercambio educativo entre profesionales de ambos países, sino el ejercicio de las actividades en los mismos, previo el cumplimiento de algunas formalidades internas de los Estados.

Referencia: Expediente LAT-114.

Revisión de constitucionalidad de la Ley 421 del 13 de enero de 1998 *"por medio de la cual se aprueba el "Convenio de reconocimiento mutuo de estudios y títulos de educación superior entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba", suscrito en la Habana, el 4 de mayo de 1994.*

Magistrado Ponente: Dr. HERRANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I ANTECEDENTES

En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional, por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, remitió a esta Corporación el día 15 de enero de 1998, copia auténtica de la Ley 421 del 13 de enero de 1998 *"por medio de la cual se aprueba el Convenio de reconocimiento mutuo de estudios y títulos de educación superior entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba", suscrito en la Habana, el 4 de mayo de 1994.*

El Magistrado Ponente, mediante auto del 5 de febrero de 1998, abocó el examen de constitucionalidad de la Ley 421 de 1998 y del Convenio aprobado por ésta, para lo cual ordenó practicar las pruebas pertinentes, fijar el negocio en lista, correr traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, y llevar a cabo las comunicaciones constitucional y legalmente exigidas.

Cumplidos como están los trámites y requisitos requeridos en la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991 para esta clase de procesos, procede la Corte Constitucional a pronunciarse sobre los actos jurídicos objeto del presente control de constitucionalidad.

II. TEXTO DE LA LEY APROBATORIA QUE SE REVISA

Se transcribe a continuación el texto de la Ley 421 del 13 de enero de 1998, el cual fue tomado del ejemplar cuya copia auténtica fue remitida a esta Corporación por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

"EL CONGRESO DE COLOMBIA

D E C R E T A:

Visto el texto de "EL CONVENIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE ESTUDIOS Y TITULOS DE EDUCACION SUPERIOR ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CUBA", suscrito en la Habana, el 4 de mayo de 1994.

RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

SANTA FE DE BOGOTA D. C.

APROBADO. SOMETASE A LA CONSIDERACION DEL HONORABLE CONGRESO NACIONAL PARA LOS EFECTOS CONSTITUCIONALES

(Fdo.) ERNESTO SAMPER PIZANO

EL MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

(Fdo.) NOHEMI SANIN DE RUBIO

D E C R E T A:

Artículo Primero: *Apruébase el "CONVENIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE ESTUDIOS Y TITULOS DE EDUCACION SUPERIOR ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CUBA", suscrito en la Habana, el 4 de mayo de 1994.*

Artículo Segundo: *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el "CONVENIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE ESTUDIOS Y TITULOS DE EDUCACION SUPERIOR ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CUBA", suscrito en la*

Habana, el 4 de mayo de 1994, que por el artículo primero de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto de la misma.

Artículo Tercero: *La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.*

EL PRESIDENTE DEL H. SENADO DE LA REPUBLICA

Amylkar Acosta Medina

EL SECRETARIO GENERAL DEL H. SENADO DE LA REPUBLICA

Pedro Pumarejo Vega

EL PRESIDENTE DE LA H. CAMARA DE REPRESENTANTES

Carlos Ardila Ballesteros

EL SECRETARIO GENERAL DE LA H.
CAMARA DE REPRESENTANTES

Diego Vivas Tafur

REPUBLICA DE COLOMBIA - GOBIERNO NACIONAL

COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE

EJECUTESE previa revisión de la Corte Constitucional, conforme al artículo 241-10 de la Constitución Política.

Dada en Santa Fe de Bogotá, D.C. a los 13 de enero de 1998

LA MINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES

MARIA EMMA MEJIA VELEZ

EL MINISTRO DE EDUCACION NACIONAL

JAIME NIÑO DIEZ"

"CONVENIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE ESTUDIOS Y TITULOS DE EDUCACION SUPERIOR ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CUBA

El Gobierno de la República de Colombia

y

El Gobierno de la República de Cuba

MOTIVADOS *por el deseo de fortalecer las relaciones amistosas entre los pueblos de ambos países y colaborar en la esfera de la educación, la ciencia y la cultura;*

ACUERDAN *firmar el presente convenio de equivalencia y reconocimiento mutuo de estudios y títulos de educación superior, conferidos por Institutos y Centros de Enseñanza Técnica, Tecnológica y Universitaria de ambos países en los términos siguientes:*

ARTICULO I

Los diplomas que otorgan un título profesional en la República de Cuba, al graduarse en las Universidades y los Institutos Superiores y en los Institutos Superiores Politécnicos y los diplomas que confieren un título profesional en la República de Colombia al graduarse en Instituciones de Educación Superior, son equivalentes y serán reconocidos por ambos países. Estos títulos darán derecho a los requisitos establecidos en las leyes internas que regulan al ejercicio profesional y permitirán ingresar a programas de postgrado de ambos países.

ARTICULO II

Los títulos de Técnico Profesional y Tecnólogo, otorgados en la República de Colombia, por las Instituciones Técnicas Profesionales, Escuelas Tecnológicas o Instituciones Universitarias, serán reconocidos como tales por la República de Cuba.

ARTICULO III

El diploma otorgado por los Institutos de Educación Superior de la República de Cuba que confieren el título profesional de Médico y el diploma universitario de Médico y Cirujano otorgado en la República de Colombia son equivalentes y dan derecho a sus titulares a ejercer la profesión en ambos países, previo cumplimiento de los requisitos internos que determinen los organismos competentes. Los diplomas de que trata el presente artículo otorgan el derecho a ingresar a programas de postgrado en ambos países.

ARTICULO IV

Los títulos profesionales en el área del Derecho otorgado en la República de Cuba y el título de Abogado que otorgan las Universidades en la República de Colombia, requerirán para su convalidación, que el titular curse o valide las asignaturas propias de cada país, las cuales serán determinadas por el organismo estatal competente.

ARTICULO V

Los títulos de Dr. en Ciencias en diferentes áreas, otorgados por Centros de Educación Superior de la República de Cuba, son equivalentes a los correspondientes títulos de postgrado, otorgados por las Instituciones de Educación Superior en la República de Colombia.

ARTICULO VI

El grado científico de Dr., otorgado en la República de Cuba y el grado científico de Dr., otorgado en la República de Colombia, en las diferentes áreas del conocimiento, serán reconocidos por ambos países como equivalentes, previa evaluación de los aspectos académicos pertinentes y el cumplimiento de la legislación vigente al respecto de cada Estado.

ARTICULO VII

Los títulos otorgados en Centros de Educación Superior en ambos países en programas de Bellas Artes, serán reconocidos como equivalentes y darán derecho al ejercicio profesional en sus respectivas ramas artísticas.

ARTICULO VIII

Los títulos que corresponden a programas académicos diferentes a los mencionados en el presente Convenio podrán ser reconocidos con las observaciones de los requisitos contemplados en las disposiciones legales vigentes de cada Estado.

ARTICULO IX

Las partes contratantes se comprometen a suministrar mutuamente la información sobre el sistema educativo, así como los cambios que ocurran especialmente en lo referente a la expedición de los títulos académicos a nivel superior en ambos países. Igualmente establecerán una Comisión Técnica que se encargará de determinar las equivalencias, que conllevan la aplicación del presente Convenio.

ARTICULO X

Las partes contratantes tomarán las medidas correspondientes para garantizar el cumplimiento del presente Convenio por los organismos estatales competentes.

ARTICULO XI

El presente Convenio será sometido a la aprobación de los organismos competentes de cada país y entrará en vigor en la fecha en que las partes se comuniquen por vía diplomática para informar que se han cumplido los requerimientos expresados por las partes.

ARTICULO XII

El presente Convenio tendrá una duración de cinco años y podrá ser denunciado por cualquiera de las partes contratantes, mediante notificación escrita por vía diplomática, caso en el cual la denuncia surtirá efectos seis meses después de la notificación respectiva.

Dado en la ciudad de La Habana, a los cuatro días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, en dos ejemplares en idioma español, teniendo ambos textos igual validez.

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CUBA"

III. INTERVENCIONES

Según informe de la Secretaría General de esta Corporación, del día 6 de marzo del año en curso, dentro del término de fijación en lista, el representante del Ministerio de Relaciones Exteriores intervino justificando la constitucionalidad del instrumento internacional bajo estudio y de su ley aprobatoria, en los siguientes términos:

Manifiesta que el Convenio materia de revisión, y su ley aprobatoria no quebrantan precepto alguno de la Carta Política; por el contrario, constituye pleno desarrollo de la misma, en la medida en que la Isla de Cuba es una región hacia la cual nuestro país debe orientar su política exterior, fomentando la integración y los lazos de cooperación, todo ello en cumplimiento del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 9° de la Constitución.

Así mismo, estima que con fundamento en los preceptos consagrados en los artículos 25 y 26 de la Carta Política, que definen el trabajo como un derecho y una obligación social, y consagran la libertad para escoger profesión u oficio, es deber del Estado promover la incorporación en las actividades productivas de la mano de obra capacitada que provenga de otros países y que ingrese a nuestro territorio atendiendo a las necesidades presentes, generadas como consecuencia de la apertura económica y conforme a los planes y programas previstos en materia de inmigración, y garantizar a los colombianos que decidan ejercer su profesión u oficio en el exterior, que sus títulos y certificaciones expedidos en Colombia sean reconocidos válidamente.

De igual forma, aduce el funcionario mencionado que el artículo 27 de la Constitución Política garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, en concordancia con el propósito del Convenio que reconoce la validez de los estudios realizados en las instituciones educativas de la República de Cuba, lo cual conlleva a la estricta reciprocidad por parte del Gobierno de ese país, en acatamiento a los principios del derecho internacional a los que se ciñe Colombia y en los que se fundamentan sus relaciones internacionales.

Igualmente, dentro del término legal el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -Icfes-, a través de apoderado, presentó escrito justificando la constitucionalidad del instrumento internacional materia de revisión, ya que en su criterio el Convenio tiene por objeto el reconocimiento mutuo de estudios y títulos de educación superior entre Cuba y Colombia, motivado por el deseo de desarrollar las relaciones amistosas entre los dos países y colaborar en la esfera de la educación y la cultura.

Manifiesta, que la Ley 421 de 1998 hace referencia a los derechos de las personas de ambos países que estando en posesión de títulos de educación superior, o que hayan realizado estudios en este nivel, pretendan hacerlos efectivos en alguno de estos dos países. Su contenido de manera general, establece que los diplomas profesionales expedidos por las Universidades y los Institutos Superiores Politécnicos, tienen el mismo valor y deben ser reconocidos por parte de las autoridades de ambos países, así como también permite el ejercicio y la práctica de su profesión en cualquiera de ellos, así como desarrollar estudios de posgrado.

De otro lado, el interviniente hace referencia a que en ciertas profesiones como la medicina y el derecho, se prevé que su ejercicio esté condicionado por requisitos internos de cada país, tales como la colegiatura y la capacidad económica para adquirir la residencia, y de esta forma poder desarrollar el ejercicio profesional.

Manifiesta que la equivalencia de estudios y títulos se extiende a los títulos de Dr., aunque en el primer caso se establece una previa evaluación conjunta de los aspectos pertinentes y la legislación vigente. Así mismo, señala que se reconoce la validez de los títulos otorgados en centros de educación superior y la posibilidad de que otorguen el derecho al ejercicio profesional. Para hacer efectivas las equivalencias de estudios y títulos, se prevé en el Convenio un compromiso de información internacional y la conformación de una comisión técnica encargada de fijar las equivalencias.

Aduce que el mandato constitucional consagrado en el artículo 9° de la Carta Política, establece como principio constitucional *"la integración Latinoamericana y del Caribe"* y afirma que el afianzamiento de las relaciones internacionales con los países vecinos, es un cometido de nuestra organización política que se expresa con los instrumentos jurídicos que faciliten el tráfico de personas que aporten conocimientos, en particular de profesionales y expertos en las distintas áreas del conocimiento, de tal forma que enriquezca la investigación y la colaboración cultural entre países unidos por vínculos de amistad.

Desde el punto de vista formal y material de la ley, manifiesta que el texto se encuentra acorde con la Constitución, por cuanto no vulnera ninguno de sus preceptos, sino que por el contrario, fortalece y amplía el espectro de derechos y posibilidades de los colombianos que poseen títulos de educación superior o que han desarrollado estudios de este nivel, lo cual permite la actualización de los profesionales.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Mediante oficio del 13 de abril del año en curso, el señor Procurador General de la Nación solicitó a esta Corporación declarar la constitucionalidad del Convenio bajo estudio, así como de su ley aprobatoria, con fundamento en las siguientes consideraciones.

En primer término, después de verificar que la suscripción del Convenio por parte del Gobierno Nacional y el trámite de la ley aprobatoria de dicho instrumento internacional en el Congreso fueron cumplidos y se ajustan a la Constitución Política, analiza su contenido material, y concluye que en los últimos años el Gobierno Colombiano ha desarrollado un

programa tendiente a estrechar los vínculos académicos, culturales y científicos con diferentes Estados del mundo, como parte de la política de integración y cooperación que permita aprovechar las nuevas orientaciones y tendencias en materia educativa y cultural.

Así mismo, advierte el interviniente que en la actualidad Colombia se encuentra vinculada a través de esta clase de convenios con países como Alemania, Argentina, Bolivia. Brasil, Bulgaria, Corea, Costa Rica, Chile, China, Chipre, Ecuador, Polonia, Rumania, Unión Soviética, entre otros.

Aduce finalmente, que este Convenio representa el instrumento jurídico para satisfacer la demanda de los programas de postgrado para estudiantes colombianos y cubanos, en áreas como la Medicina, la Biología, Bellas Artes, Literatura, Educación Física y Deportes. Señala que los tres primeros artículos regulan lo atinente a la equivalencia y homologación de títulos y estudios de educación superior entre ambos Estados, es decir, posibilita a los egresados de las facultades de Medicina y Derecho para cursar estudios de postgrado o de especialización en cualquiera de los dos países, sin más requisitos que los exigidos a nivel interno.

Por lo anterior, considera que el contenido de la ley bajo estudio se ajusta a los preceptos consagrados en la Constitución Política, en especial con aquellos que promueven las relaciones internacionales sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad (artículo 227 C.P.), así como las disposiciones que propenden por la integración latinoamericana (artículo 9° C.P.).

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

De conformidad con el numeral 10 del artículo 241 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para pronunciarse en forma definitiva acerca de la exequibilidad del *"Convenio de reconocimiento mutuo de estudios y títulos de educación superior entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba", suscrito en la Habana, el 4 de mayo de 1994.*

2. Examen de constitucionalidad del Convenio y de su ley Aprobatoria

Esta Corporación ha señalado en forma reiterada, que el control de constitucionalidad que ejerce respecto de los Tratados y de sus leyes aprobatorias, en virtud del artículo 241-10 de Constitución, comprende la totalidad del contenido material del instrumento internacional y de la ley que lo aprueba, tanto en sus aspectos de forma como de fondo.

2.1 Revisión formal de constitucionalidad del Convenio y de su ley aprobatoria

Es preciso señalar, que el estudio se hace en relación con la facultad de representación del Estado Colombiano para la celebración y firma del respectivo instrumento internacional, así como del trámite legislativo surtido ante el Congreso de la República de la ley Aprobatoria del Convenio, con sujeción a las requisitos constitucionales y legales.

2.1.1 La suscripción del Convenio.

Mediante comunicación enviada por el Secretario Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, se certificó que el presente convenio fue suscrito por la Ministra de Relaciones Exteriores, (folio 23), quien de acuerdo con el artículo 7° de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, no requería la presentación de plenos poderes, pues se trata de un funcionario facultado para representar a nuestro país. En el presente caso, no se observa reparo alguno de inconstitucionalidad, por cuanto resulta acorde con lo dispuesto en la norma

ibidem. En todo caso, obra también en el expediente confirmación presidencial del texto del convenio bajo examen, efectuada el día 13 de enero de 1998 (folio 7). En consecuencia, la Corte encuentra que no existe reparo alguno frente a la facultad de representación legítima del Estado colombiano en la negociación y celebración del mencionado instrumento internacional.

2.1.2 **Trámite legislativo para la formación de la Ley 421 de 1998.**

Con fundamento en las pruebas allegadas al proceso, a saber, las certificaciones, los antecedentes legislativos y las actas publicadas en las Gacetas del Congreso de la República, se pudo determinar que el trámite surtido para la expedición de la Ley No. 421 de 1998, fue el siguiente:

1. El día 8 de octubre de 1996, el Gobierno Nacional, a través de la Ministra de Relaciones Exteriores, Doctora María Emma Mejía Vélez presentó ante la Secretaría General del Senado de la República el proyecto de ley por medio del cual se aprueba el Convenio en estudio, cuyo texto original y la respectiva exposición de motivos obra en la Gaceta del Congreso No. 429 del 9 de octubre de 1996 (fl. 454).

2. Ese mismo día, el Presidente del Senado de la República lo repartió y lo remitió a la Comisión Segunda Constitucional Permanente, con el fin de que se iniciara su trámite en los términos del Reglamento del Congreso de la República (Ley 5a. de 1992), ordenando su publicación en la Gaceta Legislativa.

3. La ponencia para dar curso al primer debate ante la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República, fue presentada por el Senador Jairo Clopatofsky Ghisays y publicada en la Gaceta del Congreso No. 154 del 23 de mayo de 1997 (fl. 486).

El proyecto de ley fue considerado y aprobado por unanimidad en la mencionada Comisión el día 21 de mayo de 1997, con el quórum deliberatorio y decisorio requerido, según consta en la certificación expedida por su Secretario General (folio 453) y en el Acta No. 23 de esa misma fecha.

4. La ponencia para segundo debate presentada por el mismo parlamentario ante la Plenaria del Senado de la República, fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 156 del 26 de mayo de 1997 (fl. 494), siendo aprobado debidamente el proyecto de ley el día 3 de junio de 1997, según consta en el Acta No. 47 de esa fecha, la cual fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 198 del 11 de junio de 1997 (fl. 502), y según consta en la certificación remitida por el Secretario General de dicha célula legislativa (fl. 453).

5. Posteriormente, el proyecto de ley fue radicado en la Cámara de Representantes con el número 326 de 1997, correspondiéndole a la Comisión Segunda Constitucional Permanente adelantar el primer debate; ponencia que fue presentada por el Representante Clímaco Arbeláez Matios, y que fue publicada en la Gaceta No. 366 del 11 de septiembre de 1997 (fl. 101), siendo aprobada por unanimidad con el quórum deliberatorio y decisorio reglamentario, en sesión ordinaria del 20 de septiembre de 1997.

6. La ponencia para segundo debate ante la Plenaria de la Cámara fue rendida por el mismo Representante, y publicada en la Gaceta No. 518 del 9 de diciembre de 1997, siendo aprobada por unanimidad en sesión plenaria el día 16 de diciembre de 1997, según consta en la certificación expedida por el Secretario General de la Cámara de Representantes (fl.12).

7. Posteriormente, el día 13 de enero de 1998 el Presidente de la República, Dr. Ernesto Samper Pizano sancionó la ley aprobatoria del Convenio objeto de revisión, bajo el número 421 de 1998.

8. Finalmente, tanto el Convenio como su ley aprobatoria fueron remitidos a la Corte Constitucional por el Gobierno Nacional, el 15 de enero de 1998, es decir, dentro del término de los seis (6) días siguientes a su sanción, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 241 de la Carta Política.

Con base en lo expuesto, no existe para la Corte Constitucional reparo alguno en cuanto al trámite legislativo de la Ley 421 de 1998, toda vez que cumplió con los requisitos exigidos por el ordenamiento constitucional y legal, razón por la cual éste se encuentra ajustado en los aspectos formales a los preceptos constitucionales.

2.2. **Examen material del Convenio y de la ley aprobatoria**

a) **Antecedentes del Convenio**

Es pertinente señalar, que el presente Convenio constituye desarrollo del Convenio de Cooperación Cultural y Educativo suscrito entre los Gobiernos de Colombia y de Cuba, ratificado por Colombia el 15 de enero de 1993 por la ley 39, y que fue avalado, en cuanto a su constitucionalidad, por esta Corporación mediante la sentencia No. C-378 de 1993.

Cabe agregar que fue en ese mismo año cuando se reanudaron las relaciones diplomáticas entre Colombia y Cuba, enfocadas esencialmente hacia la cooperación y el intercambio comercial, turístico y cultural.

A juicio del Gobierno Nacional, "las diferentes entidades colombianas, en especial el Ministerio de Educación Nacional, Icetex, Icfes y este Ministerio han recibido diferentes solicitudes de estudiantes colombianos para adelantar programas de estudio en pregrado y posgrado en diferentes áreas de gran interés tales como medicina, biología, bellas artes, literatura, educación física y deportes. Estas necesidades coadyuvaron a iniciar el proceso de negociación con la parte cubana a partir de febrero de 1994, lo cual conllevó a la firma del presente Convenio".

b) **Objetivos y finalidades del Convenio**

El Convenio se inspira en el fortalecimiento de las relaciones existentes entre estos dos países en lo atinente a la educación, a la cooperación y al intercambio cultural y científico.

Su objetivo fundamental, es el reconocimiento y equivalencia de estudios y títulos de educación superior, conferidos por instituciones y centros de enseñanza técnica, tecnológica y universitaria de ambos países, especialmente en áreas como la literatura, la medicina, la biología y la educación física y los deportes, entre otras. E igualmente, que su finalidad está encaminada, a la integración para permitir la libre movilización de profesionales de un país a otro, por cuanto no se puede ignorar el papel orientador que cumple la comunidad intelectual de América en la sociedad moderna.

Según su preámbulo, se firma el Convenio en aras de lograr el desarrollo de las relaciones amistosas entre los pueblos de ambos países, y la colaboración en la esfera de la educación, la ciencia y la cultura.

c) **Descripción del contenido del Convenio**

El Convenio consta de 12 artículos, los cuales se ocupan de los siguientes aspectos:

Los artículos 1o. y 2o. establecen las equivalencias y reconocimientos en ambos países de los diplomas y títulos profesionales que las Universidades e Institutos Superiores concedan (incluyendo los de técnico profesional y tecnólogo que otorgan las instituciones técnicas profesionales, las escuelas tecnológicas o las instituciones universitarias), los

cuales darán derecho a los requisitos establecidos en las leyes internas que regulan el ejercicio profesional y permitirán ingresar, en consecuencia, a programas de posgrado de ambos países.

Igualmente, los artículos 3o. y 4o., reafirmando lo dispuesto en los preceptos mencionados, establecen que para el caso de los médicos y cirujanos, los títulos y diplomas adquiridos por estos en cualquiera de los dos países les permitirá ejercer la profesión en ellos, previo el cumplimiento de los requisitos internos que señalen los organismos competentes. En el evento de que se trate de profesionales en el área del Derecho, tendrán el mismo tratamiento, pero se les requerirá para la convalidación de su título, que cursen o validen las asignaturas propias de cada país, según lo que determine el organismo estatal competente. En este mismo sentido, los artículos 7o. y 8o. disponen que, para el caso de los títulos otorgados en programas de bellas artes en ambos países, estos serán reconocidos como equivalentes y darán derecho al ejercicio profesional en sus respectivas ramas artísticas, y en tratándose de los títulos que corresponden a programas académicos diferentes a los ya mencionados, podrán ser reconocidos con las observaciones de los requisitos contemplados en las disposiciones legales vigentes de cada Estado.

Por su parte, de conformidad con el artículo 5o. del Convenio, se establece que los títulos de Dr. en Ciencias en diferentes áreas, otorgados por centros de educación superior de Cuba, son equivalentes a los correspondientes títulos de posgrado otorgados por las Instituciones de Educación Superior en Colombia. Y en cuanto al grado científico de Dr. en las diferentes áreas del conocimiento, otorgado en Cuba y Colombia, dispone el artículo 6o. que serán reconocidos por ambos países como equivalentes, previa evaluación de los aspectos académicos pertinentes y el cumplimiento de la legislación vigente en cada Estado.

De otro lado, el artículo 9o. establece el compromiso a cargo de los Estados Partes, de suministrarse mútuamente la información relacionada con el sistema educativo, así como lo referente a los cambios que ocurran en la expedición de títulos académicos a nivel superior, e igualmente, crea una Comisión Técnica para determinar las equivalencias que conllevan la aplicación del Convenio.

Finalmente, los artículos 11 y 12 del Convenio consagran normas relativas a la aprobación interna en cada uno de los países del presente Convenio, así como la entrada en vigor, la denuncia, y por último, se fija un término de duración al Convenio de cinco años.

d) **Examen material del Convenio y de su ley aprobatoria**

Examinado el contenido del Convenio sometido a revisión por parte de esta Corporación, no sólo no se encuentra que sus preceptos sean opuestos a la Constitución Política, sino que, por el contrario, la desarrollan y hacen efectivos sus postulados fundamentales.

En efecto, las relaciones de amistad y colaboración por las cuales propugna el Convenio en materia de educación, ciencia y cultura, se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional (artículo 9o. C.N.), así como en el postulado fundamental, de que el Estado debe impulsar la integración de la comunidad latinoamericana y del Caribe (preámbulo y artículo 9o.).

Se ha fijado como objetivo constitucional, desde el mismo preámbulo, la promoción de la integración social, educativa y cultural, en los términos que lo hace el Convenio, especialmente con los países de América Latina y del Caribe (artículo 227 C.N.). Precepto este, según

el cual "El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales..". En igual sentido, el artículo 226 superior dispone que "El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional".

Ahora bien, el Convenio *sub examine* procura la internacionalización de las relaciones "amistosas "entre los Gobiernos de Colombia y Cuba, en la esfera de la educación, la ciencia y la cultura". Y lo hace, a través del reconocimiento y equivalencias mutuas de estudios y títulos de educación superior. Así pues, los preceptos del Convenio se dirigen a permitir no sólo el intercambio educativo entre profesionales de ambos países, sino el ejercicio de las actividades en los mismos, previo el cumplimiento de algunas formalidades internas de los Estados.

Para la Corte, la cooperación y el intercambio educativo y cultural, no sólo deben ser objetivos trazados por el Constituyente de 1991 y plasmados en el texto superior, sino que su efectividad y concreción son presupuestos esenciales del Estado Colombiano. Dentro de ese marco, este Convenio contribuirá al progreso tanto de la comunidad internacional como de los profesionales de ambos países, así como a la ampliación del conocimiento cultural, lográndose con ello un mayor desarrollo educativo, y un amplio acceso a nuevas posibilidades de educación y formación intelectual. Es indudable, que la educación superior presenta en la actualidad a nivel mundial, un avance creciente hacia la internacionalización, en particular al conocimiento del desarrollo del entendimiento humano.

Como lo reconociera el Gobierno Nacional en la exposición de motivos al proyecto de ley aprobatoria del Convenio materia de examen, "los avances tecnológicos, la informática, las comunicaciones, hacen más evidente la interdependencia de los Estados, además los altos costos de investigación científica y tecnológica hacen necesaria la integración y la cooperación internacional, para que los profesionales, investigadores, docentes puedan conocer otros sistemas y tecnologías, como un proceso enriquecedor de experiencias". Y agrega que "el reto de nuestro continente es el de encontrar la solución a estas situaciones, permitiendo así la libre movilización de profesionales, de científicos entre sus diferentes países, con el fin de que éstos actúen como difusores importantes del conocimiento y de agentes facilitadores de asimilación de nuevas tecnologías".

En consecuencia, como se infiere del contenido normativo del Convenio, es necesaria una acción real, coordinada y efectiva de los Estados para el diseño, el desarrollo, la puesta en marcha y evaluación de los problemas conjuntos en materia de reconocimiento de estudios y convalidación de títulos, con el fin de mantener una mayor eficiencia en la coordinación del intercambio de los recursos humanos, técnicos y de información. Por ello, es necesario aumentar, como lo pretende el Convenio suscrito entre los países de Colombia y Cuba, y que constituye cabal concreción de los principios constitucionales plasmados en la Carta de 1991, los propósitos de integración en este sentido y aplicar los esfuerzos gubernamentales y de colaboración, para que el intercambio de profesionales y la aceptación recíproca de estos sea real, de forma tal que puedan brindar sus servicios, aportar los conocimientos adquiridos y recibir los beneficios que otorga el trabajo en términos de realización personal, profesional y de bienestar individual, como un instrumento de análisis, de concertación, de negociación y de cooperación para procurar el aumento y la evolución del desarrollo humano, acorde con las realidades universales.

A este respecto, cabe recordar lo expresado por uno de los ponentes del proyecto de ley aprobatoria del Convenio en el Congreso, según el cual "el país al buscar su internacionalización, debe estar atento a lograr la libre movilización de sus profesionales a otros países, puesto que no hay que desconocer el papel que cumple la comunidad intelectual en la sociedad moderna, de esta manera aprovechar el recurso humano en beneficio de la comunidad, alcanzando así una sociedad democrática, justa y en general, en donde la paz sea un elemento básico del desarrollo. Para alcanzar este fin, es claro los altos costos que esto genera, en la investigación científica y tecnológica, haciendo necesaria la integración y la cooperación internacional, la libre movilización de profesionales, de científicos entre sus diferentes países, con el fin de que éstos actúen como difusores importantes del conocimiento y de agentes facilitadores de asimilación de nuevas tecnologías".

Debe resaltar la Corte para reafirmar la constitucionalidad de los actos sujetos de revisión constitucional, que con carácter de fundamental se consagran la libertad educativa (artículo 27 C.P.) y el derecho a la educación (artículo 67 C.P.), y se reconocen como derechos de carácter económico y cultural, el fortalecimiento de la investigación científica (artículo 69), la promoción y fomento de la cultura (artículos 70 y 71 de la C.P.), entre otros.

Derechos estos que se hacen efectivos en el Convenio materia de revisión, razón por la cual se deberá declarar su constitucionalidad, así como la de la ley aprobatoria.

VI. DECISION

La Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES el Convenio de reconocimiento mutuo de estudios y títulos de educación superior suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba, firmado en la Habana el 4 de mayo de 1994, así como la Ley 421 de 1998, que lo aprueba.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONEL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
–Con aclaración de voto–

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-227
mayo 20 de 1998

Referencia: Expediente LAT-114.

Revisión de constitucionalidad de la Ley 421 del 13 de enero de 1989 "por medio de la cual se aprueba el 'Convenio de reconocimiento mutuo de estudios y títulos de educación superior entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba', suscrito en la Habana, el 4 de mayo de 1994.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Con el acostumbrado respeto, me permito brevemente aclarar mi voto. En mi opinión, la posición adoptada por la sentencia es acertada, particularmente en lo que se refiere a la homologación y reconocimiento de títulos universitarios, puesto que precisa los alcances de la doctrina sentada en la sentencia C-050 de 1997, de la cual en su oportunidad discrepe.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIAS DE TUTELA

MAYO 1998

SENTENCIA T-174
mayo 4 de 1998

EJECUCION DEL PRESUPUESTO-Improcedencia general de tutela/**EJECUCION DEL PRESUPUESTO**-Examen minucioso de cada situación

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado que la acción de tutela no es un mecanismo idóneo para buscar que las autoridades cumplan con obligaciones presupuestales o ejecuten determinadas partidas, teniendo en cuenta que muchas veces las apropiaciones y las inversiones requieren una precisa evaluación de prioridades y de toma de decisiones en una determinada vigencia fiscal, por parte de las autoridades, nacionales, departamentales, municipales, distritales, etc. Sin embargo, también se ha dicho que "la acción de tutela es procedente frente a una omisión de las autoridades públicas", cuando se "vulnera un derecho fundamental, como cuando habiendo adquirido un compromiso de nómina, cuyo necesario cumplimiento es sabido por la Administración, y contando con la disponibilidad presupuestal, no paga a sus trabajadores lesionando en esta forma sus derechos fundamentales." Al respecto la Corte ha precisado, que "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, 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." Sin embargo, si los prerrequisitos no son claros en un contexto de revisión específico, mal podría el juez de tutela proceder a ordenar apropiaciones o modificaciones presupuestales a las autoridades competentes, aduciendo la necesidad de protección de derechos fundamentales. El juicioso examen de cada situación por parte del juez de instancia, será definitivo para verificar si es procedente o no ordenar tal cumplimiento, cuando de cuenta debidamente con esa opción, dentro de un contexto presupuestal definido.

FUNCION ADMINISTRATIVA-Omisión de autoridad de cumplir con sus obligaciones

La función administrativa está al servicio de los fines esenciales del Estado, con el objetivo de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y del interés general, para servir y promover la prosperidad general, y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por ello cuando la autoridad omite el cumplimiento de sus obligaciones en detrimento de derechos fundamentales, contando con los medios, es procedente la acción de tutela.

DERECHO A LA IGUALDAD-Justificación de la diferencia de trato

LIBERTADES DE ENSEÑANZA, APRENDIZAJE, INVESTIGACION Y CATEDRA-Alcance

Estos derechos buscan garantizar a sus titulares, -comunidad, instituciones de enseñanza, docentes e investigadores y estudiantes- la difusión de la cultura y el acceso

a ella, siempre que quienes imparten la educación cumplan con títulos de idoneidad o, quienes acceden a ella reúnan determinadas condiciones para ello. Tales derechos encuentran su fundamento en el reconocimiento y garantía de la dignidad humana de las personas, en el derecho a la educación y en el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Protección especial a raizales

El artículo 7° de la Carta, reconoce y consagra el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, teniendo en cuenta que es considerada como parte importante de la riqueza del país. Por tal razón, la cultura de las personas raizales de las Islas de Providencia, al ser diferente por sus características de tipo lingüístico, de religión y de costumbres, al resto de la Nación, ostenta una especial condición que nos permite incluirla dentro de la concepción de diversidad étnica y cultural, situación que la hace acreedora de la especial protección del Estado. Por consiguiente, el Estado Colombiano debe propender por la conservación de los aspectos propios de la cultura raizal y lograr con ello la conservación del patrimonio cultural nativo, que también forma parte del patrimonio de toda la Nación.

Referencia: Expediente T-149138.

Acción de tutela instaurada por Roylie Eduardo Jay Hawkins contra el Consejo y Alcaldía Municipal de Providencia, Isla.

Temas: Libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN EL NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Han pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela instaurada por el menor Roylie Eduardo Jay Hawkins contra el Consejo y Alcaldía Municipal de Providencia, Isla.

I. HECHOS

El joven Roylie Eduardo Jay Hawkins, en calidad de estudiante del Colegio Junín de Providencia, Isla, presentó acción de tutela en contra del Concejo y del Alcalde Municipal de esa zona, por considerar que el incumplimiento de tales autoridades a un convenio celebrado con el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) que permite la reparación y adecuación de la planta física del Colegio Junín en el que estudia, lesiona su "derecho fundamental establecido en el artículo 27 y correlacionado con los artículos 45 y 13 de la Constitución Nacional", relativos a la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, a los derechos de los adolescentes y a la igualdad.

En efecto, tal como lo relata el accionante, el Municipio presentó un proyecto al FIS, con el fin de obtener recursos para la reparación de la planta física del centro educativo mencionado, teniendo en cuenta que presentaba un grave deterioro por falta de mantenimiento y requería la reorganización de las zonas deportivas y la reparación de la biblioteca. Una vez aprobado el proyecto por el Fondo, se suscribió un Convenio entre la administración municipal y el FIS, tendiente a propiciar los recursos, para proceder a la reparación del mencionado plantel, que es el único con educación secundaria en la zona.

Para cumplir con el convenio el FIS giró al municipio los recursos que le correspondía entregar, pero "en razón a la negligencia y omisión por parte del Concejo Municipal de dar aplicación de manera objetiva a la factibilidad y destinación de los recursos para el desarrollo de este convenio", no solo no aprobó el proyecto respectivo, "ni ordenó la adición de los recursos del convenio", sino que procedió al archivo del mismo.

Considera el actor, que con esta situación "se corre el riesgo de que estos recursos procedentes de la Nación se pierdan y se deje de lado el beneficio social que ello comporta." Además, estima que se perjudican cerca de 473 jóvenes de manera directa y 150, indirectamente. Aduce, "que de nada sirve tener derechos si no se tiene posibilidades", y que en su caso la posibilidad de hacer realidad esos derechos está en el convenio FIS, pues solo si el proyecto se hace realidad, si puede asistir a la Biblioteca a informarse y documentarse, si existe el lugar para desarrollar la investigación, practicar deporte y realizar los demás derechos alegados, podrá realmente desarrollarse y acceder al conocimiento.

En su condición de persona perteneciente a la cultura raizal de Providencia, considera que en virtud del artículo 32 de la C.P. el Estado "reconoce y garantiza a las comunidades negras el derecho a un proceso educativo acorde con las necesidades y aspiraciones etno-culturales", por consiguiente, solicita que se le respete el derecho de "tener la oportunidad de gozar de espacios adecuados para mi desarrollo integral, y se me proteja no solo como joven sino como persona que dadas mis condiciones económicas de estudiante me colocan en circunstancias de debilidad manifiesta para poder desarrollar a plenitud los elementos integrales del artículo 27 de la Constitución Nacional".

Por consiguiente, solicita que se ordene al Alcalde Municipal y al Concejo, con fundamento en la sentencia T-007 de 1995 de la Corte Constitucional, que se realice una sesión extraordinaria con el fin de "adicionar los recursos provenientes para el Convenio"; que se ordene a las autoridades efectuar los trámites necesarios para darle viabilidad al mismo y que se protejan sus derechos constitucionales anteriormente mencionados.

DECISIONES JUDICIALES

A. Primera Instancia

El Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, Islas, conoció en primera instancia de la acción de tutela de la referencia.

En opinión del *a quo*, la omisión de la autoridad municipal en el cumplimiento de sus obligaciones administrativas sí lesionó los derechos fundamentales invocados en la tutela, debido a la " crítica situación del Colegio Junín, (...) porque de otro modo, es muy probable que la situación desemboque en una amenaza a la propia integridad de la comunidad estudiantil de Providencia".

Estima el juzgador de instancia que en lo que respecta al Alcalde, la Ley 136 de 1994 en su artículo 91 "lo faculta para celebrar convenios municipales acordes con el Plan de

Desarrollo Económico y Social y con el presupuesto, observando las normas jurídicas aplicables". Por consiguiente no son de recibo las consideraciones del Concejo respecto a que no se puede cumplir el acuerdo para reparar el Colegio Junín, porque el Alcalde no estaba facultado para celebrarlo, más aún cuando el Tribunal Contencioso de Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en sentencia del veintiuno (21) de marzo de 1996, que buscaba precisar la competencia de Alcaldía y Concejo sostuvo que:

> *"Luego a la Sala no le cabe duda alguna de que el Alcalde ha de contar con la autorización del Consejo para celebrar convenios municipales, en los casos en que la respectiva reglamentación, lo señale, pues es su deber cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los Decretos del Gobierno, las Ordenanzas, y los Acuerdos del Concejo.*
>
> *De manera que si el Consejo no ha dictado la reglamentación correspondiente, señalando los casos en los que el Alcalde requiere autorización previa de la Corporación, el Jefe de la Administración municipal puede celebrar contratos y convenios municipales ciñéndose al Plan de Desarrollo Económico y Social, al presupuesto y al estatuto contractual, sin ninguna otra limitación".*

Por consiguiente se consideró que las autoridades municipales debían buscar el acuerdo y conciliación de sus intereses para no lesionar con tales conflictos y desavenencias administrativas, los derechos de los particulares, y en ese orden de ideas, si bien no se le ordenó un cumplimiento concreto a la administración, sí se concedió la tutela a los derechos invocados por el actor y se ordenó al Concejo y al Alcalde, iniciar las gestiones necesarias, para que antes de vencerse el término del Convenio, se pueda iniciar la ejecución del mismo.

Sin impugnación por ninguna de las partes, se remitió el expediente a esta Corporación, para su eventual revisión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia.

Esta Corte es competente, para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991.

Del Problema Jurídico

En opinión del accionante, el incumplimiento por parte del Concejo Municipal de Providencia al convenio suscrito entre el Alcalde Municipal de la misma zona y el FIS para reparar el Colegio Junín, puso en peligro o vulneró sus derechos fundamentales a la libertad de enseñanza, aprendizaje y cátedra, al deber de protección de los adolescentes y el derecho a la igualdad.

La Corte procederá a definir si es conducente o no dicha afirmación.

Del caso concreto

1. **Improcedencia de la Acción de tutela**

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado que la acción de tutela no es un mecanismo idóneo para buscar que las autoridades cumplan con obligaciones presupuestales o ejecuten determinadas partidas, teniendo en cuenta que muchas veces las apropiaciones y las inversiones requieren una precisa evaluación de prioridades y toma de decisiones en una determinada vigencia fiscal, por parte de las autoridades nacionales, departamentales, municipales, distritales, etc.

Sin embargo, también se ha dicho que "... la acción de tutela es procedente frente a una omisión de las autoridades públicas", cuando se "vulnera un derecho fundamental, como cuando habiendo adquirido un compromiso de nómina, cuyo necesario cumplimiento es sabido por la Administración, y contando con la disponibilidad presupuestal, no paga a sus trabajadores lesionando en esta forma sus derechos fundamentales." (Cfr. Sentencia T-613 de 1995).

Al respecto la Corte ha precisado, -en la sentencia T-063 de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo- que "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.), 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."

Debe precisarse, entonces, que la función administrativa está al servicio de los fines esenciales del Estado, con el objetivo de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y del interés general, para servir y promover la prosperidad general, y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por ello cuando la autoridad omite el cumplimiento de sus obligaciones en detrimento de derechos fundamentales, contando con los medios, es procedente la acción de tutela, tal y como se deriva de lo dicho con anterioridad.

Sin embargo, si tales prerrequisitos no son claros en un contexto de revisión específico, mal podría el juez de tutela proceder a ordenar apropiaciones o modificaciones presupuestales a las autoridades competentes, aduciendo la necesidad de protección de derechos fundamentales, por las razones antes expuestas. El juicioso examen de cada situación por parte del juez de instancia, será definitivo para verificar si es procedente o no ordenar tal cumplimiento, cuando de cuenta debidamente con esa opción, dentro de un contexto presupuestal definido.

Por consiguiente, estima esta Corporación, que en el caso que nos ocupa no era procedente por el juez de instancia dar la orden de adelantar todas las gestiones necesarias para asegurar el cumplimiento del Convenio antes de que se venciera el término del mismo, por las razones arriba enunciadas.

Esto sin embargo, no obsta para recordarle a las autoridades municipales, que si bien presiden órganos con funciones constitucionales separadas, deben necesariamente colaborar armónicamente entre sí para dar cumplimiento a la Constitución, a la ley y a los fines del Estado, como fundamento de la razón propia de su oficio.

Del derecho fundamental a la igualdad.

El artículo 13 de la Constitución Política garantiza la igualdad de las personas ante la ley y prohíbe la discriminación por razones de índole personal, cultural o social, entre los asociados.

Sin embargo, el concepto de igualdad no debe ser entendido como una total nivelación de las situaciones, condiciones o individuos destinatarios de la ley, sino como una noción que se construye a partir de la diferenciación de tales condiciones en el sentido de garantizar la igualdad, entre iguales.

Al respecto, la Corte ha señalado en la sentencia T-187 de 1993, que:

> *"El artículo 13 de la Carta no prescribe siempre un trato igual para todas las personas. Ello implica lógicamente, que sólo cabe un trato desigual cuando se aplique en supuestos de hecho también desiguales.*

(...)

La primera condición para que un trato desigual sea sustituto de una diferenciación admisible, y no una discriminación constitucionalmente vetada, es la desigualdad de los supuestos de hecho. En efecto, lo que justifica constitucionalmente la diferencia de trato, y evita que se considere discriminación la existencia de situaciones de hecho que, por ser diferentes, admiten o requieren un trato también diferente, pues no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes. Dicho en otros términos: el principio de igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales. De ahí que lo constitucionalmente vetado sea el trato desigual ante situaciones idénticas.

La segunda condición es la finalidad que ha de reunir el requisito de la razonabilidad, es decir, que no colisione con el sistema de valores constitucionalmente consagrado.

El principio de igualdad consagrado en la Constitución no es ni un parámetro formal del valor de toda persona ante el derecho, ni un postulado que pretenda instaurar el igualitarismo, sino una fórmula de compromiso para garantizar a todos la igualdad de oportunidades".

Por consiguiente, para considerar una violación del derecho a la igualdad, deberá procederse en cada caso a la determinación de los eventos que particularmente, pueden dar ocasión a dicha violación, en la situación específica.

En lo que respecta a los derechos fundamentales que se aducen como vulnerados, esta Corte considera que en el caso objeto de revisión, no se configura dicha violación, teniendo en cuenta que no se ha producido discriminación alguna en contra del actor, ni se le ha puesto en una situación desequilibrada frente a otros estudiantes o planteles, que permita determinar alguna vulneración a ese derecho. No encuentra la Corte entonces, nexo causal alguno, entre la omisión de la autoridad alegada en la solicitud y el derecho a la igualdad del accionante.

De la libertad de enseñanza y aprendizaje.

El artículo 27 de la Constitución establece que el Estado garantiza la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.

Estos derechos buscan garantizar a sus titulares, - comunidad, instituciones de enseñanza, docentes e investigadores y estudiantes- la difusión de la cultura y el acceso a ella, siempre que quienes imparten la educación cumplan con títulos de idoneidad o, quienes acceden a ella reúnan determinadas condiciones para ello.

Tales derechos encuentran su fundamento en el reconocimiento y garantía de la dignidad humana de las personas, en el derecho a la educación y en el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

En el caso que nos ocupa, tampoco se ha impedido la realización de las actividades propias del Colegio, ni se ha omitido prestar el servicio de enseñanza y el acceso a la educación de los educandos.

De la protección cultural de los raizales

El artículo 7° de la Carta, reconoce y consagra el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, teniendo en cuenta que es considerada como parte importante de la riqueza del país.

Por tal razón, la cultura de las personas raizales de las Islas de Providencia, al ser diferente por sus características de tipo lingüístico, de religión y de costumbres, al resto de la Nación, ostenta una especial condición que nos permite incluirla dentro de la concepción de diversidad étnica y cultural, situación que la hace acreedora de la especial protección del Estado.

Por consiguiente, el Estado Colombiano debe propender por la conservación de los aspectos propios de la cultura raizal y lograr con ello la conservación del patrimonio cultural nativo, que también forma parte del patrimonio de toda la Nación.

En el caso objeto de revisión, tampoco se estima configurada la violación de los derechos de las comunidades raizales, porque la no autorización del convenio por parte del Concejo no pone en peligro ni cuestiona el valor constitucional que tienen estas comunidades ante la administración, ni obedece a una desprotección o discriminación; sólo se fundamenta en razones relativas a la administración del presupuesto municipal.

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR el fallo de primera instancia, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia NEGAR la acción de tutela de la referencia.

Segundo: Para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-175
mayo 4 de 1998

DERECHO DE PETICION Y RECURSO DE APELACION-Diferencias/**DEBIDO PROCESO**-Interposición de recursos

La interposición del recurso de apelación no puede equipararse a ejercer el derecho de petición. El derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política consiste en presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Esto es muy diferente al derecho de litigar en causa propia o ajena. El litigio es expresión del acceso a la justicia y dentro de ésta ocupa lugar destacado el derecho de interponer recurso contra las providencias. Si se trata de actos administrativos, éstos también son susceptibles de recursos, es más, es obligatorio hacerlo para previamente agotar la vía gubernativa y luego acudir ante la respectiva jurisdicción (ordinaria o contencioso administrativa). En efecto, interponer el recurso de apelación o de reposición solo puede hacerse después de que ha habido pronunciamiento. Si la decisión tomada (judicial o administrativa) no es del agrado de una de las partes, hay el derecho a impugnarla para que se revoque, modifique o adicione. Esto hace parte del derecho al debido proceso pero no del derecho de petición en sentido estricto.

Referencia: Expediente T-149442.

Accionante: Ligia Elvira Aranda de Pulido.

Procedencia: Juzgado 75 Penal Municipal de Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

ANTECENDENTES

1. El Dr. Osman Hipólito Roa Sarmiento actuando en representación de la señora Ligia Elvira Aranda de Pulido, presentó acción de tutela en contra de Cajanal, teniendo en cuenta que el diez

(10) de febrero de 1997 interpuso los recursos de ley en la etapa de vía gubernativa contra las resoluciones No. 000013 y No. 000014 de enero 8 de 1997, respecto a la reliquidación de la pensión de jubilación ordinaria y pensión de gracia a favor de la demandante, recurso que a la fecha de presentación de la tutela, el 16 de septiembre de 1997, la entidad no había resuelto. Por las razones anteriores, considera conculcados los derechos de petición, protección de la tercera edad y trabajo.

2. Esta Sala de Revisión consideró necesario dictar auto para mejor proveer, a fin de averiguar si Cajanal había resuelto o no los recursos.

La Caja Nacional de Previsión Social respondió:

> *"En respuesta al oficio N° OPT. 080/98, recibido en reparto el 25 de marzo de 1998, comedidamente le informamos que mediante las Resoluciones N° 0014 y 0013 de enero 8 de 1997, se reliquidaron las pensiones de jubilación ordinaria y la pensión gracia respectivamente a la accionante de la referencia; quien interpuso recurso de apelación el cual fue concedido mediante Auto N° 101697 del 15 de mayo de 1997 y resuelto mediante las Resoluciones N° 2866 y 2870 del primero de octubre de 1997, correspondiente a cada una de las solicitudes en comento. El 24 de octubre del pasado año, luego de la notificación pertinente, se ordenó la inclusión en nómina de la peticionaria y el expediente se remitió al Archivo General, al no tener petición pendiente por resolver el 20 de enero del año en curso."*

FALLO QUE SE REVISA

Se trata de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 1997 por el Juzgado 75 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, que no tuteló los derechos invocados. Dice la providencia:

> *"Igualmente, no puede predicarse de manera desprevenida que existe una violación al derecho fundamental de petición, como lo plantea el memorialista con la finalidad de que el juez de Tutela le proteja el derecho invocado a favor de su poderdante, desconociendo las instancias y mecanismos con que cuenta el accionante para efectivizar las pretensiones, máxime, cuando se instauró el recurso de apelación contra las resoluciones plurimencionadas dentro de la vía gubernativa y, por ende tiene la posibilidad de acudir ante los Estamentos Administrativos en procura de obtener la concreción del derecho litigioso, tal como lo prevée el C.C.A.".*

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPENTENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. EL CASO CONCRETO

Se pide, mediante tutela, que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social la pronta definición de una apelación interpuesta contra unas Resoluciones que habían definido lo referente a reeliquidación de pensión y pensión gracia.

En primer lugar, la interposición del recurso de apelación no puede equipararse a ejercer el derecho de petición. El derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política consiste en presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Esto es muy diferente al derecho de litigar en causa propia o ajena, así lo señala expresamente el artículo 39 del Código Contencioso Administrativo. El litigio es expresión del acceso a la justicia (artículo 229 C.P.) y dentro de ésta ocupa lugar destacado el derecho de interponer recurso contra las providencias que, en sentir del recurrente, no se ajusten a derecho. Si se trata de actos administrativos, éstos también son susceptibles de recursos, es mas, es obligatorio hacerlo para previamente agotar la via gubernativa y luego acudir ante la respectiva jurisdicción (ordinaria o contencioso administrativa), artículos 62 y 63 del Código Contencioso Administrativo. En efecto, interponer el recurso de apelación o de reposición solo puede hacerse después de que ha habido pronunciamiento. Si la decisión tomada (judicial o administrativa) no es del agrado de una de las partes, hay el derecho a impugnarla para que se revoque, modifique o adicione. Esto hace parte del derecho al debido proceso pero no del derecho de petición en sentido estricto.

Podría pensarse que la demora injustificada en la decisión de un recurso puede afectar los principios de la función pública: eficacia, celeridad, señalados en el artículo 209 de la C. P., porque la conclusión de los procedimientos administrativos dependerá del agotamiento de los recursos interpuestos. Dice el Consejo de Estado (auto de la Sección 3ª del 31 de enero de 1992), que "puede ocurrir -y ocurre- que la administración guarde silencio durante dos meses, caso en el cual, el recurso se entiende denegado (artículo 60 C.C.A.) y el interesado podrá utilizar sin obstáculos, el camino jurisdiccional". Pero, en el caso concreto, no se requiere invocar el silencio administrativo ya que el 1° de octubre de 1997 se decidió mediante Resoluciones los recursos interpuestos y previamente, en mayo, ya se había iniciado la tramitación del recurso mediante auto 101697, puesto que hubo necesidad de pedir colaboración de otra dependencia para efectos administrativo, lo cual demuestra actividad de la administración.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 75 Penal de Santa Fe de Bogotá el 30 de Septiembre de 1997.

Segundo. Por Secretaría se librará de inmediato la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Cópiese, codifíquese, cúmplase,

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

MARTHA VCITORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-176
mayo 4 de 1998

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

Cuando existe otro procedimiento judicial para reclamar un derecho que se estima conculcado, en principio la acción de tutela no es pertinente porque ella está sujeta al principio de subsidiariedad.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por vencimiento del término de caducidad de la acción

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Reubicación por supresión del cargo

DERECHO AL TRABAJO-No es absoluto/**ACCION DE TUTELA**-Improcedencia para reintegro por retiro del servicio

En sentencia de esta Corporación, se indicó que todo derecho, así sea fundamental, es limitado y por consiguiente el derecho al trabajo no supone una expectativa absoluta. Por medio de tutela no se puede exigir que se le de trabajo a alguien. Entre otras cosas porque no se puede confundir el derecho fundamental consagrado en el artículo 25 de la Constitución con el principio programático contenido en el artículo 54 ibídem sobre políticas de empleo. Es obvio que el retiro del servicio no implica que mediante tutela se puede obtener el reintegro, porque si ello fuera así prosperaría la tutela en todos los casos en que un servidor público es retirado del servicio o a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo. Sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que una persona no va a continuar recibiendo el sueldo correspondiente se tutela el derecho al trabajo y se reintegra al cargo.

Referencia: Expediente T-151430.

Accionante: Otilia Ponce Castro.

Procedencia: Juzgado 4° Laboral del Circuito de Cartagena.

Tema: Subsidiariedad de la tutela.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

ANTECENDENTES

La señora Otilia Ponce Castro, por intermedio de apoderado, instaura acción de tutela contra la Gobernación del Departamento de Bolívar porque, en su sentir, se le violó el derecho al trabajo por el hecho de habérsela desvinculado de sus funciones de portera aseadora (auxiliar de servicios generales, código 9067, grado 18), pese a estar inscrita en el escalafón de carrera administrativa y haber solicitado su reubicación.

Dentro del expediente está demostrado que el cargo que desempeñaba la trabajadora fue suprimido mediante decreto 905 de 1995, que ella fue retirada el 12 de octubre de 1995 y que, al solicitar su nueva vinculación, la Gobernación consideró que no existía cargo vacante similar o equivalente al que venía desempeñando la exfuncionaria y por eso resolvió el 26 de abril de 1996, mediante Resolución 732, reconocerle la correspondiente indemnización en los términos previstos por el artículo 5° del decreto 1223 de 1993, indemnización que se tasó en la suma de $3'272.098,35.

No hay constancia en el expediente sobre la existencia de proceso alguno en la jurisdicción contencioso-administrativa, ni contra la resolución de desvinculación ni contra la resolución que concedió la indemnización, habiendo ya transcurrido los cuatro meses para instaurar la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

SENTENCIA DE TUTELA QUE SE REVISA

El Juzgado 4° Laboral de Cartagena, mediante sentencia de 10 de noviembre de 1997, concedió la tutela y ordenó al Gobernador del Departamento de Bolívar que en el término de 15 días vinculara nuevamente a Otilia Ponce Castro a un cargo similar al que tenía en la misma institución en que laboró o en otra de igual categoría. La principal razón aducida para tomar dicha determinación fue la siguiente:

> *"La Constitución Nacional en su artículo 25 establece: "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 su trabajo en condiciones dignas y justas".*
>
> *De conformidad a lo anterior, se puede observar que la accionada vulneró el derecho al trabajo de la accionante, al no haberla revinculado, como parece ser que ella lo solicitó, tal y como se desprende del texto de la resolución 732 del 26 de abril de 1996, (fls. 48 y 49).*
>
> *Tampoco la tutelada acreditó realmente no haber creado en la planta de personal un cargo igual o similar al que tenía la accionante al momento que se le suprimió su cargo y además resulta como extraño que en una Institución educativa no exista el cargo o el equivalente a una aseadora o portera, cargo este necesario para el mejor funcionamiento de dicha institución, ya que no se concibe la idea de que en un plantel educativo no exista una persona encargada de la vigilancia y control del alumnado en cuanto a la entrada y salida de estos y la buena presentación de*

las aulas de clases y áreas de recreación, requisitos estos esenciales para un mejor aprovechamiento de la enseñanza impartida allí.

Lo que entiende el Juzgado, que la intención de la accionada fue en todo momento la de desvincular a la señora Ponce Castro, y no reubicarla por cuanto dejó transcurrir el término de proveer un cargo similar al ocupado por ella, en el cual pudiera desempeñar sus funciones, circunstancias estas, vuelve y se repite, que no fueron demostradas a través de la documentación remitida por ellos.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPENTENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. EL CASO CONCRETO

1. La subsidiariedad en la tutela

Se trata de definir si cabe la tutela cuando no hay prueba alguna de que se haya iniciado el proceso judicial correspondiente y el término ha caducado para hacerlo.

Cuando existe otro procedimiento judicial para reclamar un derecho que se estima conculcado, en principio la acción de tutela no es pertinente porque ella está sujeta al principio de la subsidiariedad. Si se trata de la petición de reintegro como dice la solicitud de tutela, o de reubicación, porque en verdad el cargo que desempañaba la solicitante había sido suprimido, ha debido interponer la afectada la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para tramitarse en la jurisdicción contencioso administrativa, y para ello tenía un término de cuatro meses. No hay prueba de que lo hubiera hecho, por el contrario, se deduce de la redacción de la solicitud que dejó pasar el término, no de otra manera se explica que la única petición en la tutela sea el reintegro y que no se interpusiera como mecanismo transitorio, luego la tutela no puede servir ni para revivir términos ni para suplir lo que se ha dejado caducar.

En el presente caso no hay la menor duda de que la desvinculación ocurrió por supresión del cargo, luego la validez jurídica de este motivo de retiro, o el derecho al reintegro que la solicitante alega, ha debido ser discutida ante el juez competente: el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar. Siendo ello así, es la jurisdicción contencioso administrativa la que estaba encargada de definir lo referente al reintregro. Se dirá que en numerosas oportunidades la Corporación ha indicado que cabe la tutela como mecanismo transitorio, aunque exista otra vía para reclamar, cuando hay un perjuicio irremediable. Pero, en esta hipótesis, como su nombre lo indica, se trata de un mecanismo transitorio, es decir que el interesado debe promover la acción original, en el caso de acción de restablecimiento del derecho, ante el Tribunal competente. Y, en el presente caso, se repite, no hay un solo indicio que permita deducir que en la oportunidad legal de los cuatro meses se acudió ante la jurisdicción contencioso administrativa, luego lo del perjuicio irremediable ya no requiere ser discutido.

2. El derecho al trabajo frente al retiro de un empleado

La desvinculación de una persona del cargo que venía ocupando, por supresión del cargo, es una violación al derecho al trabajo?

En la sentencia T-047/95, (Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa) se indicó que todo derecho, así sea fundamental, es limitado y por consiguiente el derecho al trabajo no supone una expectativa absoluta; el antecedente jurisprudencial mencionado informa con seriedad el caso que se resuelve en la presente tutela. Este es el criterio expresado por la Corte Constitucional:

> *"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.*
>
> *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 jurídico-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].

---

[1] Sentencia No. T-426/92, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[2] Sentencia No. T-002/92, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

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 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. 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 discernimiento 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".

Significa lo anterior que por medio de tutela no se puede exigir que se le de trabajo a alguien. Entre otras cosas porque no se puede confundir el derecho fundamental consagrado

---

[3] Abel Naranjo Villegas, "*Filosofía del Derecho*". Edit. Temis. Bogotá, 1990.

en el artículo 25 de la Constitución con el principio programático contenido en el artículo 54 *ibidem* sobre políticas de empleo. Es obvio que el retiro del servicio no implica que mediante tutela se puede obtener el reintegro, porque si ello fuera así prosperaría la tutela en todos los casos en que un servidor público es retirado del servicio o a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo. Sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que una persona no va a continuar recibiendo el sueldo correspondiente se tutela el derecho al trabajo y se reintegra al cargo. En el presente asunto sometido a consideración de la Corte no se ve por ningún lado que la tutela sea el mecanismo válido para suplir el no reclamo judicial que la solicitante ha debido hacer hace más de dos años ante la jurisdicción administrativa.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo motivo de revisión proferido el 10 de noviembre de 1997 por el Juzgado Cuarto Laboral de Cartagena. En consecuencia, no se concede la tutela impetrada.

Segundo. Por Secretaría se librará de inmediato la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-178
mayo 6 de 1998

PRINCIPIO *NO REFORMATIO IN PEJUS*-Características

PRINCIPIO *NO REFORMATIO IN PEJUS*-Error aritmético en imposición de pena

Referencia: Expediente T-151255.

Accionante: Diego Bayron Vélez Restrepo.

Demandado: Tribunal Nacional.

Tema: Reiteración de jurisprudencia sobre *reformatio in pejus.*

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN 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-151255, instaurado mediante apoderado por Diego Bayron Vélez Restrepo, en contra del Tribunal Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. La Solicitud

El actor interpone acción de tutela en contra del Tribunal Nacional, por cuanto considera vulnerado el principio de la no *reformatio in pejus* que contempla el artículo 31 superior. En consecuencia, solicita que se revoque el aumento de pena impuesto por el superior jerárquico.

2. Los hechos

- El accionante fue condenado por un Juzgado Regional de Medellín, mediante sentencia anticipada del 31 de mayo de 1994. La sanción penal correspondió a la pena principal de 118 meses de prisión y, a la pena accesoria de interdicción de derechos y ejercicio de cargos públicos, por igual término.

- Como único impugnante, el peticionario interpuso recurso de apelación en contra de la decisión antes mencionada.

- El proceso penal fue decidido en segunda instancia por el Tribunal Nacional con sede en Santa Fe de Bogotá, quien mediante sentencia de septiembre 7 de 1997 decidió corregir un error de la sentencia de primera instancia, pues en su concepto, debía adecuarlo al principio de legalidad y, condenó a la pena de prisión de 148 meses y a la interdicción de derechos por igual término. El Tribunal Nacional encontró que el *a quo* disminuyó la pena en una proporción no autorizada por el Código Penal ni por el de Procedimiento Penal, por lo que el "aplicador de la ley no puede ofrecer, más o menos, de lo que el ordenamiento positivo le autoriza".

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

2.1. En primera instancia, el Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de julio 11 de 1997, decidió conceder la tutela, y ordenó al Tribunal que "a través de la Sala respectiva proceda a resolver el recurso de apelación interpuesto profiriendo el fallo de segundo grado conforme los parámetros que se dejaron plasmados en la considerativa de la presente providencia, para lo cual se le concederá un plazo de diez (10) días a partir del recibo del proceso".

Después de un análisis pormenorizado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el juez de instancia consideró que, en el presente asunto, se transgredieron los artículos 29 y 31 de la Constitución, pues el Tribunal no podía agravar la pena impuesta en primera instancia porque el condenado actuó como apelante único y, de acuerdo con el principio de la no *reformatio in pejus* el superior jerárquico carecía de competencia para modificar la sentencia impugnada. Al respecto dijo:

> *"si bien es cierto el* a quo *incurrió en error al no disminuir el* quántum *punitivo que correspondía conforme al artículo 37 del C. de P. Penal por haberse acogido el inculpado a la sentencia anticipada en la etapa del juicio y no en la instructiva... también lo es que el Tribunal Nacional como juez de segunda instancia carecía de competencia para enmendarlos, por cuanto de un lado, estaba en presencia de la prohibición expresa contenida tanto en la Constitución Nacional como en el Código de procedimiento penal por ser apelante único y de otro, porque si el señor Juez de primera instancia había incurrido en dicho error, el Estado a través de la Fiscalía o del Ministerio Público estaban en la obligación de ejercer su inconformidad...".*

2.2. Los Magistrados del Tribunal Nacional impugnaron la decisión, pues opinaron que actuaron bajo parámetros de legalidad, ya que simplemente corrigieron un error de índole matemático y así adecuaron la pena a la que legalmente corresponde.

2.3. En segunda instancia conoció la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, quien mediante sentencia de septiembre 9 de 1997, decidió revocar el fallo impugnado y en consecuencia negar por improcedente la acción de tutela. El *ad quem* consideró que el carácter subsidiario de la acción de tutela excluye su procedencia en el presente asunto, pues el condenado contaba con medios de defensa judicial que no utilizó, como quiera que la tutela no puede convertirse en un "instrumento para enmendar los errores de los accionantes y compensar su inactividad".

Además, en criterio del Tribunal, la decisión atacada no constituye una vía de hecho, pues su actuación se ciñó a los límites que establece la normatividad respectiva. Por consiguiente, cuando el juez de tutela revoca el fallo del demandado se convierte en una tercera instancia prohibida en nuestra legislación.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto bajo revisión

2. El problema jurídico a resolver en esta sentencia, es si el principio de la no *reformatio in pejus* se aplica en procesos cuya decisión en segunda instancia corrige errores matemáticos del *a quo*. Para ello, se deberá estudiar el alcance del concepto constitucional que prohíbe que el superior jerárquica agrave la pena impuesta, cuando el condenado sea apelante único.

Principio de la no *reformatio in pejus*

3. En reiterada jurisprudencia, se ha señalado que el artículo 31 superior constitucionalizó la no *reformatio in pejus,* el cual es un principio de imperativa aplicación por parte de todos los jueces. Esta Corporación ha interpretado el alcance de esta garantía, para lo cual ha precisado estas características:

- Cuando la apelación se interpone exclusivamente por el condenado o por su defensor, el juez de segunda instancia no puede empeorar su situación agravando la pena impuesta por el juez de primera instancia. (SU-327 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz y SU-598 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara).

- La competencia del juez de segunda instancia se adquiere sólo en los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el condenado, puesto que la apelación y las pretensiones que se involucran en ella limitan la competencia del superior jerárquico. (T-481 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-113 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

- Este principio impone al superior la prohibición de actuar exoficio y exige un carácter dispositivo. (T-099 de 1994. M. P. Jorge Arango Mejía).

- El principio de la no *reformatio in pejus* opera sólo en favor del imputado. (SU-327/95).

- El principio de legalidad de la pena no cede frente al derecho a la libertad en la segunda instancia cuando hay apelante único. (T-474 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

- La responsabilidad para mantener la legalidad de la pena ante una sentencia de primera instancia ajena a este deber, le corresponde al Ministerio Público y a la Fiscalía, como representantes de los intereses legítimos del Estado o de la sociedad, como quiera que se encuentran facultados para interponer el recurso de apelación y los demás recursos que contempla el ordenamiento jurídico penal. (SU-327 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

- "La prohibición de fallar en mayor perjuicio del apelante único cobija a toda clase de decisiones judiciales -salvo las excepciones que contemple la ley-" (C-055 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

- La prohibición de agravar la condena en perjuicio del apelante único se extiende a la condena por responsabilidad civil o consecuencias civiles del ilícito (T-400 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-643 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

4. En relación con la preocupación del Tribunal Nacional referente a la necesidad de corregir errores aritméticos en que incurrió el juez regional de primera instancia, la Corte Constitucional mediante sentencia que unificó jurisprudencia, dijo:

> *"La no interposición oportuna del recurso de apelación por el Fiscal o el Ministerio Público, revelan la conformidad del titular de la pretensión punitiva con los términos del fallo, e implican la preclusión de la oportunidad que el Estado tenía de revisar su propio acto.*
>
> *(...)*
>
> *Si el procesado se abstiene de recurrir la decisión o desiste del recurso interpuesto, tal como se lo permite el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, ante la ausencia de impugnación de los demás sujetos procesales, la sentencia de primera instancia, aún con todos los vicios de que se la pueda acusar, hace tránsito a cosa juzgada, sólo alterable o anulable con la interposición de la acción de revisión, que opera frente a causales muy específicas y sólo cuando se trata de sentencias condenatorias, con el objeto de favorecer al reo que ha sido ilegalmente sancionado.*
>
> *(...)*
>
> *Ni siquiera cabe argüir, en el plano de la conveniencia, que la interpretación prohijada por la Corte en el caso subjudice es propiciatoria de impunidad, pues resulta excepcional e insólito que si existe un vicio sustancial en la sentencia ni el Ministerio Público ni la Fiscalía interpongan contra ella el correspondiente recurso. Esa conducta omisiva comporta la aquiescencia del Estado, a través de los funcionarios investidos de competencia precisamente para esos efectos, con la sentencia de primera instancia que, de ese modo, queda convalidada en cuanto a las consecuencias favorables que ella comporte con respecto al apelante único.*
>
> *(...)*
>
> Si el a *quo* incurrió en un error y el Estado, por intermedio del Ministerio Fiscal, no lo consideró tal o fue negligente en el ejercicio de su función, tal apreciación u omisión no puede subsanarla el *ad quem* mediante el desconocimiento de una garantía consagrada en la Carta y no sujeta a condición."[1]

Los anteriores criterios se reiteran en esta oportunidad, pues el asunto objeto de estudio presenta supuestos fácticos similares a los planteados en la decisión que unificó jurisprudencia, por lo que exige a esta Sala igualdad de trato jurídico en la aplicación de la Constitución.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, del 9 de septiembre de 1997. En consecuencia, CONFIRMAR en todas su partes la providencia del Juzgado 49 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, del 11 de julio de 1997, que concedió la tutela de los derechos fundamentales del señor Diego Bayron Vélez Restrepo.

---

[1] Corte Constitucional. Sentencia SU-327 de 1995 M.P.Dr. Carlos Gaviria Díaz

Segundo. COMUNICAR la presente sentencia a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá y al actor de la tutela.

Tercero. LIBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-179
mayo 6 de 1998

PRINCIPIO *NO REFORMATIO IN PEJUS*-Competencia sobre aspectos objeto de impugnación y en lo que sea desfavorable

PRINCIPIO *NO REFORMATIO IN PEJUS*-Consecuencias civiles del ilícito

VIA DE HECHO EN PROCESO CON SENTENCIA ANTICIPADA-Prohibición de condena por perjuicios materiales

Referencia: Expediente T-151649.

Accionante: Julio Rangel Mena.

Demandado: Sala Penal del Tribunal Superior del Chocó.

Tema: Reiteración de jurisprudencia sobre *reformatio in pejus.*

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN 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-151649, instaurado mediante apoderado por Julio Rangel Mena, en contra de la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior del Chocó.

I. ANTECEDENTES

1. **La Solicitud**

El actor interpone acción de tutela en contra de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, por cuanto considera vulnerados sus derechos a la igualdad, al debido proceso y, los principios de la favorabilidad y de la no *reformatio in pejus.* En consecuencia, solicita que se ordene a los demandados que cesen de inmediato la transgresión de sus derechos fundamentales.

2. Los hechos

- Mediante sentencia anticipada del 7 de mayo de 1997, el accionante fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Quibdó. La sanción penal correspondió a la pena principal de 33 meses y 24 días de prisión y, a la pena accesoria de interdicción de derechos y ejercicio de cargos públicos, por igual término.

- Como único impugnante, el peticionario interpuso recurso de apelación en contra de la decisión antes mencionada.

- El proceso penal se decidió en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, quien mediante sentencia de julio 8 de 1997 decidió confirmar la decisión impugnada y adicionarla en el sentido de condenar a "pagar en forma solidaria el equivalente a 80 gramos oro por concepto de daño material ocasionado con el punible" a favor de las víctimas del ilícito.

- El solicitante afirma que, en fechas anteriores y en casos similares, la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó confirmó decisiones semejantes, sin que se condene al pago por responsabilidad civil.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

2.1. En primera instancia, el Tribunal Administrativo del Chocó mediante sentencia de agosto 19 de 1997, decidió conceder la tutela, y ordenó "que en el término improrrogable de cinco (5) días, contados a partir de la comunicación o notificación de la presente providencia, revoquen el numeral segundo de la decisión tomada en la sentencia proferida dentro de la causa 2347".

El juez de tutela afirmó que la presente acción procede contra providencias judiciales cuando son el resultado de actuaciones puramente materiales de quien la profiere, y con ello se transgreden derechos fundamentales. Por consiguiente, entra a estudiar el fondo de la acción incoada. Sin embargo, consideró que no se violenta el artículo 13 superior, pues el peticionario no aporta ninguna información que sustente el desconocimiento del derecho a la igualdad ni tampoco se probó tal aseveración.

De otro lado, el juez de instancia consideró que la simple comparación de la parte resolutiva entre las sentencias de primera y segunda instancia, permite deducir que el *ad quem* agravó la sanción para el apelante único, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, transgrede la regla de la no *reformatio in pejus*, que es una prohibición expresa que no admite excepciones. Agrega el juzgador de instancia, que la condena al pago de los perjuicios materiales fruto del ilícito sí se vincula con la pena, pues el artículo 31 de la Carta "no distingue entre las consecuencias puramente civiles y las meramente penales del delito, sino que sencillamente proscribe al superior "agravar la pena impuesta" y es bien sabido que donde el Legislador no hace diferencia, no le está dado hacerla al intérprete"

Además de lo anterior, el juez de tutela señala que el Tribunal, contra quien se dirige esta acción, desconoció el principio de la doble instancia y el derecho de defensa del condenado, puesto que el carácter de segunda instancia de su decisión impide una revisión del proceso y con ello la posibilidad de controvertir la forma y el monto de los perjuicios materiales.

Finalmente, el juez de tutela considera que el fallo del Tribunal demandado constituye otra vía de hecho, pues al condenar por el daño material desconoció la prohibición expresa contenida en el numeral 5° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal que fue modificado por el artículo 12 de la ley 365 de 1997, según la cual cuando se profiere sentencia anticipada no deberá resolver lo referente a la responsabilidad civil.

2.2. Los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó impugnaron la decisión, pues opinaron que la acción de tutela no era procedente en este caso, como quiera que no se vislumbra violación de derecho o principio constitucional alguno, por lo cual no es factible asegurar la presencia de una vía de hecho.

2.3. En segunda instancia conoció el Consejo de Estado, quien mediante sentencia de noviembre 7 de 1997, decidió revocar el fallo impugnado y en consecuencia rechazar la acción de tutela. La Sección cuarta de esa H. Corporación reiteró su jurisprudencia sobre la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias y demás providencias judiciales.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto bajo revisión

2. El problema jurídico a resolver en esta sentencia, es si el principio de la *no reformatio in pejus* se aplica a apelantes únicos cuya decisión en segunda instancia adicionó, con relación a la providencia del *a quo*, consecuencias civiles del ilícito. Para ello, se deberá estudiar el alcance del concepto constitucional que prohibe que el superior agrave la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único. Finalmente, la Sala analizará si, como lo afirma el juez de tutela de primera instancia, existe vía de hecho por desconocimiento de la Ley 365 de 1997.

Principio de la no *reformatio in pejus* y consecuencias civiles del ilícito

3. Como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, el artículo 31 superior constitucionalizó la no *reformatio in pejus*, el cual es un "principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del debido proceso"[1]. Consiste en la prohibición de que el superior jerárquico agrave la situación del condenado que actúa como apelante único. Mediante sentencia que unificó jurisprudencia, esta Corporación dijo:

> "E*s una manifestación del principio de congruencia, según el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el* ad quem: "Tantum devolutum quántum appellatum". *Es decir, que para que el juez de segundo grado pueda pronunciarse, no sólo debe mediar un recurso válido, sino que él debe ser presentado por parte legítima, esto es, aquella que padezca un perjuicio o invoque un agravio y persevere en el recurso.*
>
> *En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, tratándose de apelante único, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), no se*

[1] Corte Constitucional. Sentencia T-474 de 1992. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional"[2].

En consecuencia, la competencia del juez de segunda instancia se adquiere sólo en los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el condenado.

4. Ahora bien, en relación con el tema de si el principio de la no *reformatio in pejus* se extiende a la sanción de indemnización de perjuicios causados, esto es, a las consecuencias civiles derivadas del ilícito, esta Sala reitera su jurisprudencia, en especial la señalada en las sentencias T-643 de 1997 y T-400 de 1996. Esta última decisión expresó:

> *"No se trata aquí de una pena en el sentido estricto del término pero sí de una condena y si ha ocurrido que, habiéndose otorgado la tutela, en primera instancia aquella se había denegado sin mediar impugnación del solicitante, lo que indica que quedó satisfecho con la protección concedida, no puede el juez de segunda instancia -que adquiere competencia sólo a partir de la impugnación y ésta ha sido presentada únicamente por el condenado- hacer más gravosa su situación ordenando indemnizaciones o pagos nuevos".*

5. Finalmente, la Sala coincide plenamente con el juez de tutela de primera instancia, cuando señala que la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó también incurrió en una vía de hecho cuando condenó al pago de indemnización de perjuicios en un proceso que finalizó con sentencia anticipada. En efecto, la decisión de los Magistrados objeto de esta tutela se produjo el 8 de julio de 1997, fecha en la cual ya estaba vigente el artículo 12 de la ley 365 de 1997, pues de acuerdo con el artículo 26 de la ley en cita, dicha norma entraría a regir a partir de la fecha de su promulgación y aquello se produjo el 21 de febrero de 1997, tal y como aparece en el Diario Oficial número 42.987. El inciso 4° de esta norma dispone:

> "Exclusión del tercero civilmente responsable y de la parte civil. Cuando se profiera sentencia anticipada en los eventos contemplados en los artículos 37 o 37A de este código, en dicha providencia no se resolverá lo referente a la responsabilidad civil" *(los artículos 37 y 37A del Código de Procedimiento Penal se refieren a la sentencia anticipada y audiencia especial).*

Como puede observarse, a la fecha de la sentencia de segunda instancia existía norma expresa que, por el principio de favorabilidad de la ley penal, prohibía condena por perjuicios materiales en procesos que culminan con sentencia anticipada. Con lo cual, se demuestra que los Magistrados del Tribunal no aplicaron la disposición y su decisión "obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de la persona"[3]. Por consiguiente, se constituyó una vía de hecho que transgredió el derecho al debido proceso y la garantía constitucional de la no *reformatio in pejus*. Por todos estos motivos, habrá de revocarse la sentencia del Consejo de Estado y confirmarse la del Tribunal Administrativo de Quibdó.

IV. DECISION

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

---

[2] Corte Constitucional. Sentencia SU-327 de 1995 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

[3] La Corte Constitucional así definió el concepto de vía de hecho en la Sentencia T-79 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia del Consejo de Estado, del 7 de noviembre de 1997. En consecuencia, CONFIRMAR en todas su partes la providencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó de octubre 7 de 1997, que concedió la tutela de los derechos fundamentales del señor Julio Rangel Mena.

Segundo. COMUNICAR la presente sentencia a la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó y al actor de la tutela.

Tercero. LIBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-180
mayo 6 de 1998

DERECHO DE PETICION-Definición

El derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución, se considera básicamente como la facultad que tienen los ciudadanos de formular solicitudes o de pedir copias de documentos no sujetos a reserva, a las autoridades correspondientes, y obtener de estas, una pronta y completa respuesta sobre el particular.

DERECHO DE PETICION FRENTE A PARTICULARES-Procedencia excepcional

El derecho de petición puede extender su campo de aplicación excepcionalmente, frente a particulares, en los casos determinados por el legislador o cuando el particular presta un servicio público.

DERECHO DE PETICION FRENTE A PARTICULARES-Improcedencia por relación privada y contractual

Referencia: Expediente T-151910.

Acción de tutela instaurada por José Manuel Nieto Beleño, contra Raquel Medina, Gerente de la Fundación Médico Preventiva.

Tema: Derecho de petición.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998),

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

EN EL NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Han pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela instaurada por José Manuel Nieto Beleño contra la Gerente de la Fundación Médico Preventiva.

I. HECHOS

El Fondo Prestacional del Magisterio suscribió un contrato con la Fundación Médico Preventiva, para la prestación de los servicios médicos y de drogas a los educadores vinculados al Fondo. Según opinión del demandante, el servicio que presta la mencionada fundación no es satisfactorio, razón por la cual procedió a solicitar a la Gerente de dicha Fundación copia del contrato celebrado con el Magisterio para " analizarlo y exigir que se cumpla a cabalidad con el servicio". Para ello presentó solicitudes el ocho (8) de mayo, veintinueve (29) de mayo y nueve (9) de julio de 1997, sin obtener respuesta alguna sobre el particular. Por todo lo anterior, estima vulnerado su derecho de petición ante la negativa de la Gerente de la entidad demandada a darle copia de los documentos que solicita el actor.

II. DE LA DECISION JUDICIAL ANTERIOR

Conoció inicialmente de la acción respectiva, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Curumaní, Cesar, el cual se abstuvo de resolver la presente acción de tutela, por considerar que no era competente para ello, teniendo en cuenta que "los hechos génesis de la solicitud de amparo de tutela tienen ocurrencia en el municipio de Valledupar (Cesar), ya que es en dicha urbe donde se encuentra domiciliada la Fundación Médico Preventiva ". Por consiguiente, procedió a enviar la demanda a la oficina judicial de Valledupar para su correspondiente reparto.

Dada la anterior precisión, conoció en Primera Instancia, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Valledupar, quien consideró improcedente la acción de tutela de la referencia por considerar que la " circunstancia de que la Fundación Médico Preventiva sea una entidad privada, hace improcedente la acción".

III. CONSIDERACIONES.

A. Competencia.

Una de las funciones asignadas por el constituyente primario a la Corte Constitucional, fue precisamente la de revisar, conforme a la ley, "las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales." Por consiguiente esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991.

B. Del derecho de petición frente a particulares.

El derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución, se considera básicamente como la facultad que tienen los ciudadanos de formular solicitudes o de pedir copias de documentos no sujetos a reserva, a las autoridades correspondientes, y obtener de estas, una pronta y completa respuesta sobre el particular.

Por lo tanto es un derecho que involucra dos momentos, "ambos dependientes de la actividad del servidor público a quien se dirige la solicitud: el de la recepción y trámite de la misma, el cual implica el debido acceso de la persona a la administración para que ésta considere el asunto que se le plantea, y el de la respuesta, cuyo sentido trasciende el campo de la simple adopción de decisiones y se proyecta a la necesidad de llevarlas al conocimiento del solicitante." (Cfr. Sentencia T-372/95).

En consecuencia, supone una obligación de hacer de las autoridades, obligación que no puede verse minimizada por factores como el silencio administrativo, teniendo en cuenta que este último no define ni material ni sustancialmente la solicitud de quien interpone la petición, desvirtuándose con ello la filosofía del mandato constitucional.

El derecho de petición, sin embargo, puede extender su campo de aplicación excepcionalmente, frente a particulares, en los casos determinados por el legislador o cuando el particular presta un servicio público.

Al respecto en la sentencia T-105 de 1996, la Corte sostuvo que procede la protección al derecho de petición, frente a particulares "encargados de la prestación de un servicio público (artículo 365 de la C.P.), o cuando desarrollan actividades que pueden revestir ese carácter, siempre y cuando exista violación de un derecho fundamental. Ha tenido en cuenta la jurisprudencia, que en estos casos, el particular asume poderes especiales que lo colocan en una condición de superioridad frente a los demás coasociados, y sus acciones u omisiones pueden generar una amenaza o vulneración de uno o varios derechos constitucionales fundamentales que deben ser protegidos en forma inmediata por la autoridad judicial competente".

Es claro, entonces, que el derecho de petición contra los particulares, opera exclusivamente en casos excepcionales y siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y evidentemente se colija de ello un perjuicio irremediable.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara al precisar de conformidad con la sentencia T-507 de 1993 con ponencia del magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, en el caso del derecho de petición frente a particulares, lo siguiente:

"Así, notamos que el derecho de petición tiene dos destinatarios; uno la autoridad y otro excepcionalmente, las organizaciones privadas.

Frente a las organizaciones privadas, se debe hacer la siguiente distinción:

a) Cuando la organización privada no actúa como autoridad, y

b) Cuando la actividad desarrollada satisface un servicio público.

a. Cuando la organización privada no actúa como autoridad.

Las organizaciones privadas como sujeto pasivo del derecho de petición sólo operan cuando se dé la reglamentación por parte de la ley, teniendo como función el garantizar los derechos fundamentales, así esta condición refleja la dimensión de garantía que tiene la petición, naturaleza reconocida por la doctrina, además de la de derecho[1].

El Constituyente no estableció una imperativa al legislador de reglamentar el ejercicio del derecho de petición frente a las mentadas organizaciones, sino le dio una facultad de realizar la conducta -reglamentación-. Así, el legislador puede o no desplegar la conducta por que está a su arbitrio el ejercer el mandato concedido por la Constitución. Es de mérito anotar que el constituyente en diversas ocasiones le coloca al legislador obligaciones a ejercer como es el caso del artículo 28 Transitorio de la Carta, en el cual se ordena la expedición de una ley que atribuya a las autoridades judiciales el conocimiento de hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía; evento, se reitera, que no se presenta en el artículo 23 constitucional pues en la precitada disposición se encuentra una autorización para hacer y no una obligación de hacer.

Entonces, "el derecho de petición, debe decirse que, es vinculante en principio solamente para las autoridades públicas, aunque la misma norma prevé la posibilidad de extender la

[1] BARBAGELETA, Aníbal L. Derechos Fundamentales. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo.

figura, si así lo quiere el legislador a las organizaciones privadas y para el único objeto de garantizar los derechos fundamentales"[2], lo cual en la actualidad no se ha presentado.

b. Cuando la organización privada en razón al servicio público adquiere el estatus de autoridad.

En el segundo caso, aún siendo un particular el destinatario de la tutela, el trato es el mismo que frente a una autoridad pública.

El artículo 85 de la Constitución Política que enumera los llamados "derechos de vigencia inmediata", incluye al derecho de petición como uno de ellos, pero ésta especial consagración debe ser entendida frente a las autoridades y no a los particulares u organizaciones privadas.

Por lo tanto, cuando un particular en ejercicio del poder público vulnera o amenaza el derecho fundamental de petición, estamos frente a lo establecido en el inciso primero del artículo 23 de la Constitución Política y por lo tanto es procedente la acción de tutela porque la acción u omisión provienen de una autoridad pública."

En el presente caso, la Fundación Médico Preventiva Ltda., al ser una entidad eminentemente privada y tener una relación contractual directa con el Fondo de Prestaciones del Magisterio, no puede ser objeto de tutela en este caso, porque, si bien es una entidad que presta servicios de salud, no se está discutiendo el servicio de salud en concreto, sino una información relativa a la relación privada y contractual entre el Magisterio y la Fundación, lo que no haría de esta una circunstancia excepcional para que prosperara el derecho de petición contra particulares, de conformidad con lo expresado en los puntos anteriores.

Al respecto debe precisarse que la entidad demandada, en lo relativo a los servicios de salud y en directa relación con ellos, puede ser sujeto del derecho de petición, dada la naturaleza del servicio que presta, como bien se ha concluido por esta Corporación en circunstancias anteriores cuando se señala esa posibilidad "en razón al servicio público" que puede prestar una entidad privada.

Sin embargo, para la Corte también es claro que solo en lo relativo a aspectos directamente relacionados con el servicio de salud, - entiéndase, indebida prestación del servicio, horarios inadecuados, demoras, etc.-, puede ser la Fundación Médico Preventiva sujeto del derecho de petición y no frente a aspectos de su órbita eminentemente privada, que a pesar de estar relacionados, no son de la esencia del servicio que se está prestando.

Por consiguiente, como señala la providencia de primera instancia, la situación hubiera sido diferente si las peticiones se hubieran adelantado ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón a que es él, el directamente competente para brindar esa información, teniendo en cuenta su directa relación con los educadores y su naturaleza eminentemente pública.

Por lo anterior, estima esta Corte, que no prospera la solicitud de protección del derecho de petición que alega el actor, en razón a las consideraciones expuestas en esta decisión.

C. DECISION

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

---

[2] Corte Constitucional. Sentencia No. T-172 de 4 de mayo de 1993. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la decisión del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Valledupar, que declaró improcedente la acción de tutela de la referencia.

Segundo. Para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaría General

SENTENCIA T-181
mayo 6 de 1998

CONTRATO DE SEGURIDAD SOCIAL-Continuidad y excepción por incumplimiento

El contrato de seguridad social al comportar una forma mixta de relación contractual y reglamentaria conlleva por un lado como presupuesto el principio de continuidad. Esto surge del deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, para el caso concreto específicamente el de la salud. Y además bajo la óptica contractual contiene el principio de la excepción de contrato no cumplido por el carácter sinalagmático de la relación jurídica. En principio, si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido. a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida más los términos legales de gracia, salvo que haya allanamiento de la mora por parte de la EPS.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Incumplimiento del empleador de cotizar oportunamente

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Responsabilidad del empleador por no cotizar para salud

Referencia: Expediente T-151789.

Accionante: Juan Mancilla Marenco.

Procedencia: Tribunal de Barranquilla, Sala Laboral.

Tema: Mora en el pago de aportes patronales al I.S.S.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECENDENTES

De conformidad con lo consignado en el libelo petitorio de tutela, el accionante laboraba en el Municipio de Campo de la Cruz, en calidad de Comisario de Familia, cargo en el cual permaneció hasta el 20 de agosto de 1997.

El señor Mancilla estaba afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, entidad que lo venía tratando. Es así como en diciembre 7 de 1995, el otorrinolaringólogo de la Unidad de los Andes Dr. Jairo Domínguez, ordenó exámenes pre-quirúrgicos a efecto de someterlo a una septoplagía y proceder a operarlo de la sinusitis que padece, a causa de desviación del tabique nasal, habiéndole dado cita con el internista para el 29 del mismo mes. Cuando Mancilla fue al I.S.S., para la práctica de los exámenes pre-quirúrgicos ordenados, allí se negaron a atenderlo por encontrarse vencida la tarjeta. Nuevamente en octubre de 1996, previo pago de los aportes por parte del municipio, se le practicaron los respectivos exámenes, siendo valorado por el internista, quien autorizó la operación; le dieron cita con el otorrino para el 4 de diciembre de 1996; pero en tal fecha no fue atendido por cuanto la historia clínica no apareció. Posteriormente, el 11 de diciembre fue atendido por el otorrino quien le manifestó que no podía operarlo por cuanto esa clase de cirugía se estaba practicando en la Unidad de la calle 30 con carrera 14, a donde fue remitido. En esa Unidad tuvo que iniciar el trámite otra vez, pues el médico general le exigió nuevamente los exámenes ya practicados. De allí fue remitido a un nuevo otorrino quien le fijó como fecha para la operación, el 15 de octubre de 1997. Como se hacía necesario repetir los exámenes pre-quirúrgicos, acudió a la Unidad del Seguro Social para solicitar la orden respectiva y la remisión al internista para la valoración y se le informó que no se le podía atender por cuanto el municipio en donde trabajó hasta el 20 de agosto de 1997, no había cancelado los aportes y, según le manifestó el Coordinador Médico Dr. Ramiro Velásquez, la solución era pagar los aportes.

Efectivamente, la Alcaldía Municipal de Campo de la Cruz se ha retardado en muchas oportunidades en la consignación de los aportes al Seguro Social, es así como en 1995 canceló junio, julio y agosto; en 1996 de mayo a noviembre; y en 1997: febrero.

Considera Mancilla que al no practicársele la operación ordenada, se amenaza contra su derecho a la salud, a la integridad física y a la vida. Por ello acude a la tutela como medida provisional para proteger los derechos constitucionales que considera conculcados.

DECISIONES DE INSTANCIA:

-Primera Instancia: El Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, el 9 de octubre de 1997 concedió la tutela y ordenó al Instituto de Seguros Sociales, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la providencia, reanudara la prestación del servicio de salud al accionante señor Juan Mancilla Marenco y se le practicara el examen y la valoración médica-prequirúrgica necesarios, y, si el resultado de éstos lo permitía, se le haría la intervención quirúrgica tal como le fue ordenado.

-Segunda Instancia: La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 14 de noviembre de 1997, revocó la anterior decisión; considerando que el I.S.S. actúo "en consonancia con lo que sobre el tema haya contemplado o reglamentado la ley".

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPENTENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. FUNDAMENTOS JURIDICOS:

El contrato de seguridad social al comportar una forma mixta de relación contractual y reglamentaria conlleva por un lado como presupuesto el principio de continuidad. Esto surge del deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, para el caso concreto específicamente el de la salud. Y además bajo la óptica contractual contiene el principio de la excepción de contrato no cumplido por el carácter sinalagmático de la relación jurídica. En principio, si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido. Apartir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida mas los términos legales de gracia, salvo que haya allanamiento de la mora por parte de la EPS.

Por otro lado, el artículo 166 y el artículo 22 de la Ley 100 consagran:

Artículo 161 Ley 100/93

"Como integrantes del sistema general de Seguridad Social en salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen los trabajadores, deberán:

2°. En consonancia con el artículo 22 de esta ley contribuir al financiamiento del Sistema general de Seguridad Social en Salud, mediante acciones como las siguientes:

a) Pagar cumplidamente los aportes que corresponden, de acuerdo con el artículo 204;

b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio;

c) Girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno.

Artículo 22 de la Ley 100/96

"El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. *Para tal efecto, descontará del salario y de cada afiliado. al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.*

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador." *(subrayas no originales)".*

Al respeto, la Sala 3ª de Revisión, en la T-287/95 dijo:

"Sobre las consecuencias del incumplimiento del empleador de afiliar a los trabajadores y cotizar oportunamente al Seguro Social según lo dispuesto en la ley y en sus reglamentos, la Corte ha sostenido lo siguiente:

"La efectividad de este derecho no sólo corresponde al empleador, quien tiene la obligación de afiliar a sus empleados al seguro social. Esto significa que la empresa no puede ser indiferente en relación con la suerte que corra el derecho a la seguridad social de los asalariados, por el contrario, el patrono tiene que velar porque ellos vean satisfecho este servicio de manera real y efectiva.

"Ahora bien, en el evento de que el empleador no utilice el sistema de seguridad social estatal, la satisfacción del servicio le corresponde directamente, como resultado de un deber que jurídicamente le pertenece. La existencia del sistema de seguridad social no desplaza la obligación primaria radicada en cabeza del patrono".

Además, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-177 de 1998[1]. dijo:

"La Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia.

(...)

la norma acusada es exequible [artículo 209 de la Ley 100 de 1993, que autoriza la suspensión del servicio de salud en situación de mora patronal] en el entendido de que mantiene una responsabilidad subsidiaria de las EPS a fin de proteger el derecho a la salud del trabajador, frente a la responsabilidad primaria que recae en el patrono. Esta responsabilidad originaria del empleador en caso de mora encuentra fundamento no sólo en elementales principios de responsabilidad sino en la propia Carta. En efecto, el artículo 53, que regula los principios mínimos del derecho laboral, señala que se debe garantizar al trabajador la seguridad social. Se entiende entonces que esa norma constitucional, que se proyecta esencialmente en el ámbito de las relaciones entre patrono y empleado, está estableciendo que el responsable primario de garantizar la seguridad social de los trabajadores es el propio patrono, lo cual armoniza con el sistema diseñado por la Ley 100 de 1993, según la cual éste tiene a su cargo la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. Por ende, en caso de incumplimiento de este deber legal "aquellos asumen directamente la responsabilidad de prestar el servicio" (artículo 161 de la Ley 100 de 1993)".

C. CASO CONCRETO

Las jurisprudencias mencionadas sirven en el presente caso, e impiden que prospere la tutela. En efecto: en el año de 1995 la Alcaldía de Campo de la Cruz se retardó en el pago de las consignaciones y continuó tal omisión en 1996 y 1997. No puede hablarse de plazo de gracia porque desde febrero de 1997 se incurrió en mora patronal, puesto que sólo se cotizó hasta ese mes, luego para el instante en que se presentó la tutela (septiembre) ya habían pasado los seis meses de gracia; es más, el trabajador fue retirado el 20 de agosto de 1997, y solamente viene a reclamar por tutela a finales de septiembre y no lo hace contra el Municipio incumplido sino contra el I.S.S. que desde febrero no recibió las cotizaciones, luego el I.S.S. ya no tenía la obligación de prestar el servicio de salud. Por lo tanto, en este caso específico el I.S.S. ya no está obligado a prestarle los servicios médicos a Juan Mancilla, puesto que dicha persona no es trabajador afiliado al I.S.S.; además, el señor Mancilla ya no es trabajador del Municipio de Campo de la Cruz y dicho Municipio, se repite una vez más, no había cotizado a los Seguros Sociales desde febrero de 1991, luego no se aprecia que el ISS tenga que prestar

[1] M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

el servicio de salud en tales ediciones. Es decir, acertadamente fue negada por el *adquem* la tutela instaurada.

Por supuesto que el interesado podrá iniciar acciones contra el Municipio de Campo de la Cruz, porque la omisión del empleador en el pago de las cuotas lo convirtió en primer responsable de la prestación del servicio médico.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, el 14 de noviembre de 1997.

Segundo. Por Secretaría se librará de inmediato la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-203
mayo 13 de 1998

BONIFICACION EXTRALEGAL-Reconocimiento en institución bancaria

DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL-No vulneración por negativa a bonificación en institución bancaria

Referencia: Expediente T-148304.

Demandante: Gilberto Orozco González.

Demandado: Banco Ganadero.

Magistrada Ponente (E): Dra. CARMENZA ISAZA DE GOMEZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, en la sesión de la Sala Primera de Revisión, a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Carmenza Isaza de Gómez, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, en la acción de tutela instaurada por el señor Gilberto Orozco González contra el Banco Ganadero.

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

La Sala de Selección de la Corte eligió para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I.ANTECEDENTES.

El demandante presentó demanda de tutela ante el Juzgado Laboral del Circuito de Santa Marta, el 17 de septiembre de 1997, por las siguientes razones:

a) **Hechos.**

En 1979 el demandante ingresó a trabajar en el Banco Ganadero, sucursal Fundación, departamento de Magdalena, ejerciendo el cargo de Cajero Principal.

El 21 de mayo de 1993, el actor fue elegido miembro de la Junta Directiva de la Unión Nacional de Empleados Bancarios (UNEB), Seccional Santa Marta. En virtud de este nombramiento, la organización sindical solicitó al Banco su traslado a la ciudad de Santa Marta, ello con el fin de facilitar el desempeño de sus nuevas actividades. El Banco Ganadero, mediante comunicación del 11 de octubre de 1993, autorizó el traslado solicitado, por el término del ejercicio del cargo.

El 27 de febrero de 1997, la Dirección General del Banco, informó a los empleados de la sucursal de Santa Marta que, en virtud de los rendimientos y utilidades obtenidas por la

oficina durante el período comprendido entre diciembre de 1995 y diciembre de 1996, les había sido otorgada una bonificación, equivalente a un mes de salario. Sin embargo, el Banco, en una actitud, en concepto del actor, de discriminación, no le pagó la bonificación.

Por tal motivo, el 6 de marzo de 1997, mediante escrito presentado al Subgerente Administrativo, solicitó la cancelación del premio mencionado. Sólo recibió respuesta verbal, en el sentido de que no tenía derecho por ser directivo sindical y por el uso de los permisos correspondientes.

Considera que esta actitud del Banco es vulneratoria del derecho de asociación, previsto en el artículo 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la OIT, aprobado por la ley 27 de 1976, pues, al reconocerse el fuero sindical, los permisos correspondientes hacen parte del mismo.

Así mismo, se le ha vulnerado el derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política.

En consecuencia, el actor solicita la protección de sus derechos vulnerados por el demandado, y que se ordene al Banco Ganadero proceder al pago de la bonificación otorgada a los empleados de la sucursal de Santa Marta, y de la que fue excluido.

b) **Pruebas.**

El actor aportó como pruebas, los siguientes documentos:

- Copia del escrito enviado por el Banco, comunicando la autorización del traslado solicitado por el sindicato.

- Copia del escrito enviado por el actor, solicitando el reconocimiento de la bonificación concedida a los empleados de la sucursal de Santa Marta.

Así mismo, solicitó recibir las declaraciones de tres empleados del Banco.

c) **Sentencia que se revisa.**

Previa a la decisión, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta citó a las personas que el demandante señaló que debían ser oídas en declaración. Son empleados de la Sucursal Santa Marta. Lo que dijeron, se puede resumir así:

· La señora Elena Venera Polo manifestó que conoce al demandante desde que éste fue trasladado hace 4 años. El está nombrado como cajero. En relación con las razones para que al demandante no le hayan entregado la bonificación, no las conoce, pero, en su concepto, él tiene derecho por ser empleado del Banco. Además, a todos les dieron la mencionada bonificación. La declarante señala que ella pertenece a la junta directiva del sindicato ACEB, en donde se desempeña como secretaria. Este sindicato es diferente al del demandante.

· El señor Odalí José Montero, se desempeña como cajero auxiliar. Manifestó que, efectivamente, al demandante no le habían entregado la bonificación. En su concepto, el Banco no debe hacer discriminaciones. Manifestó que no conocía si existían requisitos para acceder al derecho.

· El demandante amplió ante el Juzgado las razones de su demanda de tutela. Concretamente, señaló, que existía una circular interna donde se autorizaba al gerente de la oficina para pagar la bonificación. Esta corresponde a la mera liberalidad del Banco, pues no hace parte de la convención. La condición para acceder al pago era tener 8 meses como mínimo de estar laborando, en el año 1996. Como razón para su exclusión, sólo le dijeron que no llenaba los requisitos mínimos. En su caso particular, su permiso sindical no es permanente. Puede

reintegrase 10 o 15 días cada mes. Señaló que a otro compañero tampoco le habían pagado la bonificación.

· La Gerente de la sucursal del Banco le informó al Juez de tutela sobre los requisitos para obtener la bonificación: a) tener una antigüedad en la oficina superior a 8 meses, durante el período diciembre de 1995 a diciembre de 1996; b) si el empleado, a pesar de haber sido trasladado, permaneció en la oficina beneficiada más de 8 meses, tiene derecho al incentivo económico; y, c) se otorga a los empleados que "*obtuvieron un desempeño sobresaliente, bueno o aceptable, los inadecuados o deficientes no tuvieron el incentivo.*" Señala la Gerente que en el caso del demandante *"no se pudo efectuar evaluación de desempeño por la gestión realizada durante el año 1996, debido a su ausencia por permiso sindical".*

En sentencia del 29 de septiembre de 1997, el Juzgado **denegó** la acción de tutela, por considerar que el actor cuenta con otros medios defensa judicial para lograr el reconocimiento del incentivo pretendido. Por tal motivo, indicó que la jurisdicción laboral es la competente para pronunciarse sobre el asunto.

Además, el Banco no desconoció el derecho de asociación, como lo afirma el actor, por el contrario, la entidad ha facilitado el ejercicio del cargo sindical que le fue conferido, al ordenar su traslado a la ciudad de Santa Marta, y ha concedido los permisos sindicales requeridos.

Finalmente, afirma que de las pruebas que obran en el expediente, no se acredita la supuesta discriminación que alega el actor, pues, mientras éste sostiene que para la concesión del incentivo pretendido no se exigía requisito alguno, el Banco afirma que los trabajadores sí debían acreditar el cumplimiento de ciertas condiciones.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte es competente para revisar el presente asunto, según disponen los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Se trata de establecer si el Banco Ganadero discriminó al actor al no otorgarle una bonificación, por tener la calidad de directivo sindical, lo que vulneraría los artículos 13 y 39 de la Constitución Política. Para tal efecto, se solicitó al Banco información sobre el asunto.

Pruebas solicitadas por la Sala de Revisión.

Mediante auto del doce (12) de diciembre de 1997, esta Corporación solicitó al Banco Ganadero información concerniente al origen de la bonificación, los requisitos exigidos para obtenerla, la política aplicada con respecto a los empleados sindicalizados y el sistema de calificación. Dentro del término fijado en la providencia para dar respuesta, el Banco absolvió el cuestionario. Se resume la respuesta de la siguiente manera:

· La bonificación no tiene origen convencional. Responde a una decisión unilateral y extralegal del Banco, que tiene por objeto estimular económicamente a los trabajadores que durante el período comprendido entre diciembre de 1995 y diciembre de 1996, contribuyeron a lograr las metas propuestas por la entidad.

· Los requisitos para hacerse acreedor al beneficio son: encontrarse laborando al servicio del Banco al momento de ser reconocido el incentivo; haber laborado por lo menos ocho (8) meses del período evaluado, en una de las sucursales que resultaron favorecidas por sus logros; haber

obtenido una calificación de sobresaliente, bueno o aceptable en la evaluación de desempeño, en el mencionado lapso.

· El método de calificación se hace a través del sistema de evaluación de rendimiento denominado Análisis Básico de Plantilla A.B.P., cuyo formulario se anexó.

· Indistintamente, recibieron la bonificación tanto los trabajadores sindicalizados como los no sindicalizados, ya que lo que se tomó en cuenta fue el hecho de reunir los requisitos anteriormente enunciados. Al respecto, precisó el Banco:

· "El incentivo económico en cuestión fue reconocido y pagado a aquellos trabajadores que acreditaron el cumplimiento de los requisitos anteriormente enumerados, sin consideración a su afiliación o no a una de las tres (3) organizaciones sindicales que existen al interior de la organización empresarial por el suscrito representada. Indistinta e indiscriminadamente recibieron el incentivo trabajadores sindicalizados y trabajadores no sindicalizados.

· *"En tal sentido, mal hubiere podido el banco, ni en teoría ni en práctica, fijar como criterio excluyente del reconocimiento la afiliación sindical, con lo cual habría incurrido en conductas antijurídicas violatorias de los derechos constitucionales fundamentales de igualdad y de libre asociación".*

· En relación con el interrogante de si a todos los empleados de la sucursal se les había reconocido y pagado el incentivo, el Banco contestó:

"Ciertamente, no a todos los trabajadores de la Sucursal del banco en Santa Marta les fue reconocido y pagado el incentivo que motiva la presente acción de tutela. Por incumplimiento de algunos de los requisitos a que alude la respuesta 2, no se otorgó bonificación por resultados institucionales e individuales a los siguientes trabajadores:

· "a. Por no cumplir con el término de prestación de servicios en la Sucursal Santa Marta (ocho meses mínimo):

· "(. . .) [señala los nombres de cinco empleados]

· "Por imposibilidad de ser practicada evaluación de desempeño:

· "Torres Sáenz Carlos

· "El trabajador dispuso de permiso sindical permanente durante todo el lapso evaluado a efecto del reconocimiento del incentivo, es decir, entre diciembre de 1995 y diciembre de 1996, razón por la que por sustracción de materia resultaba absolutamente imposible evaluar su desempeño, así fuere de manera parcial.

· "c. Por resultado en la evaluación del desempeño:

· "Orozco González Gilberto Ramón [el demandante]

· "El trabajador arrojó resultado INADECUADO o INSUFICIENTE en la evaluación del desempeño, lo que condujo a que conforme con los requisitos citados en la respuesta 2. no le fuera otorgada la bonificación ocasional concedida de manera extraordinaria por el banco."

Tercera. Naturaleza jurídica de esta bonificación.

Esta bonificación es ocasional, extralegal, por fuera de las prestaciones previstas en las convenciones colectivas de trabajo vigentes en el Banco Ganadero. Correspondió a una mera liberalidad, originada en una decisión de la Junta Directiva del Banco, dirigida a todo el país en donde tiene oficinas o sucursales, para estimular a los trabajadores que durante el período

comprendido entre diciembre de 1995 y diciembre de 1996, hubieran contribuido con su esfuerzo personal al logro de las metas y objetivos de la institución bancaria. La sucursal Santa Marta, en la que labora el demandante, fue una de las oficinas del país que adquirió el derecho a que sus empleados recibieran la bonificación.

Cuarta. ¿Al demandante no le fue pagada la bonificación extralegal por ser dirigente sindical o por no haber cumplido con uno de los requisitos para ser beneficiario?

De acuerdo con los documentos que obran en el expediente, existían los siguientes requisitos para acceder a la bonificación:

· Tiempo de servicios en la Sucursal: ocho meses mínimo, durante el período de diciembre de 1995 y diciembre de 1996.

· El empleado que hubiera sido trasladado, pero que cumplió el período antes señalado, recibió también el incentivo.

· El incentivo se otorgó a los empleados que obtuvieron un desempeño sobresaliente, bueno o aceptable. Los inadecuados y deficientes no tuvieron el incentivo.

Las pruebas que obran en el expediente, tanto las obtenidas por el juez de instancia como por la Sala de Revisión de la Corte, no permiten establecer que fue por la actividad sindical que se excluyó del pago del incentivo al demandante. En efecto, veamos:

Informó el Banco que siete (7) empleados de la Sucursal no recibieron la bonificación, por no cumplir los requisitos. En el caso del demandante, no obtuvo una de las tres calificaciones de desempeño requeridas: sobresaliente, bueno o aceptable. Su resultado se calificó *"inadecuado o insuficiente"*. El Banco manifestó que el demandante sí pudo ser calificado en razón de que su actividad sindical no es permanente.

Los dos empleados que declararon ante el Juzgado, manifestaron desconocer la razón para que se hubiera excluido al demandante del beneficio. Señalan que todos los empleados debían recibir el incentivo. Uno de los declarantes, la señora Venera Polo, pertenece a la Junta Directiva del sindicato ACEB, y no obstante, ella sí recibió el beneficio (folio 11).

En este mismo sentido se pronunció el Banco, al señalar que la bonificación fue entregada a todos los empleados que cumplieron los requisitos, fueran o no sindicalizados, actualmente, o en la fecha de entrega del mismo.

De acuerdo con lo anterior, no está probado lo que afirma el demandante de que no se le hubiera entregado la bonificación, por pertenecer al sindicato. Es más, existe prueba de que se entregó la bonificación a empleados del Banco que pertenecen a la Junta Directiva de otro de los sindicatos de la entidad.

En este sentido, no se puede considerar que al demandante se le vulneró el derecho de asociación contenido en el artículo 39 de la Constitución Política. La Corte, cuando en numerosas sentencias ha protegido el derecho de asociación sindical (sentencias SU-342/95; SU-569/96; SU-570/97; T-330/97, entre otras), lo han hecho sobre la base de que existen pruebas de que este derecho constitucional se ha vulnerado o puesto en peligro, con actuaciones o políticas discriminatorias del empleador frente a trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, políticas encaminadas a vulnerar el núcleo esencial de este derecho. Lo que no ha ocurrido en este caso.

En relación con la afirmación de que al demandante se le violó el derecho a la igualdad, artículo 13 de la C.P., pues para acceder a la bonificación no se exigían requisitos, es decir,

que el simple hecho de estar en la sucursal del Banco, por un término determinado, era suficiente para acceder al beneficio, tampoco resulta cierta, porque, a pesar de que los declarantes afirmaron que no conocían requisitos, éstos sí existían, tal como consta en el documento "Parámetros para tener en cuenta para el pago de incentivos a Sucursales, Vicepresidencias regionales y Directivos de Dirección General". Este documento contiene las exigencias generales y particulares para acceder al incentivo, de acuerdo con criterios como la posición por crecimiento de la sucursal, los porcentajes a reconocer, la manera de pagar el incentivo a los funcionarios de la operación bancaria (categoría a la que pertenece el demandante) y a otros empleados de Vicepresidencias y Dirección General. Además, la exigencia de haber obtenido la calificación de desempeño sobresaliente, buena o aceptable.

El Banco afirma que el resultado de la evaluación del demandante fue *"inadecuado o insuficiente"*, por lo que no se le otorgó el beneficio.

Sobre este preciso aspecto, la discusión se torna legal, pues no le corresponde al juez de tutela examinar el contenido de esta evaluación negativa del demandante. Hay que tener en cuenta que la responsabilidad de la evaluación recae en el empleador, y que las diferencias que puedan suscitarse, deben ser resueltas, en principio, al interior de la propia empresa, a través de los mecanismos previstos para ello.

En consecuencia, en relación con la posible vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, en el sentido de haber sido discriminado frente a los demás empleados de la Sucursal, al no recibir la bonificación, no está probado el cargo. Por el contrario, a otros empleados tampoco se les entregó la bonificación, porque de una u otra manera, no cumplieron los requisitos exigidos por la entidad para otorgarla.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, pues no existió vulneración de los derechos fundamentales invocados por el demandante.

III. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMASE la sentencia del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, de fecha veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997), por las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia, no se concede la tutela solicitada por señor Gilberto Orozco González.

Segundo: Líbrense por la Secretaría General de la Corte las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-204
mayo 13 de 1998

ACCION DE TUTELA-Alcance

De los abundantes desarrollos jurisprudenciales emanados de esta Corte, se desprende que la acción de tutela constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos que establezca la ley, cuyo trámite compete a los distintos jueces de la República, a fin de que resuelvan sobre las situaciones de hecho que por esas circunstancias se presenten.

ACCION DE TUTELA-Carácter extraordinario

La acción de tutela muestra por su finalidad un carácter extraordinario, en la medida en que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, lo que supone un uso en forma supletiva con carácter subsidiario; de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto, en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente decida el fondo del asunto.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE VIA DE HECHO

La consolidada doctrina constitucional ha admitido que las providencias judiciales pueden presentar vicios en su configuración denominados vías de hecho, de conformidad con los criterios esbozados por esta Corte, a partir de la Sentencia C-543 de 1.992. En términos generales, dicha figura resulta de la actuación de los funcionarios con poder judicial de manera arbitraria y caprichosa, sin fundamento objetivo y razonable, apartada de los parámetros constitucionales y legales, sin operancia de los principios de legalidad y seguridad jurídica, por la imposición del interés propio de aquéllos, mediante comportamientos que prima facie *parecieran reflejar los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico vigente, dada la calidad de autoridad del funcionario que la profiere y de la potestad que ejercita, pero que bajo un examen más estricto tales supuestos resultan descartados.*

VIA DE HECHO-Clases de defectos en la actuación

VIA DE HECHO-Existencia

Puede hablarse de una verdadera vía de hecho cuando la tacha que se le adjudica a una actuación judicial se verifica como abusiva y claramente lesiva del ordenamiento jurídico y de los derechos fundamentales de quien la denuncia, y contra la cual no existen o ya se encuentran agotados los medios judiciales de defensa apropiados, que hacen procedente las órdenes definitivas de protección mediante el trámite de la acción de tutela o de manera temporal para contrarrestar un perjuicio irremediable que acecha en forma inminente contra los mismos y que tornan en urgente la adopción de medidas correctivas para su salvaguarda y preservación.

PRINCIPIO DE AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL-Discrecionalidad limitada en valoración de pruebas/**VIA DE HECHO**-Discrecionalidad limitada del juez en valoración de pruebas

De la jurisprudencia sentada por esta Corporación se deduce la facultad del juez de tutela, frente a la eventual amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de las personas por una decisión judicial, de examinar bajo qué parámetros constitucionales se ejerció la potestad discrecional judicial para valorar las pruebas puestas bajo su conocimiento, influyendo en la decisión que se cuestiona como violatoria de derechos fundamentales. Es claro que el examen que realiza el juez de tutela frente a la valoración judicial de las pruebas dentro de un proceso de otra jurisdicción, debe partir de la plena vigencia del principio constitucional de la autonomía e independencia de los jueces, precisamente, por la falta de inmediatez respecto de su práctica, lo que en consecuencia vuelve excepcional la configuración de una vía de hecho; sin embargo, no se puede perder de vista que a pesar de ese gran poder discrecional judicial, la decisión no puede basarse en un juicio arbitrario, sino que debe reunir unos criterios que garanticen una decisión imparcial, objetiva y ajustada a la legalidad. En el evento de que la respectiva autoridad judicial omita la apreciación de la prueba allegada, o no estime probado el hecho y adopte la decisión desconociendo y contraviniendo la realidad probatoria de los hechos y circunstancias que ese material arroja, la Corte ha señalado que se produce una actuación arbitraria constitutiva de una vía de hecho.

VIA DE HECHO-Omisión de apreciación y evaluación de pruebas

VIA DE HECHO-Desvirtúa el efecto de la cosa juzgada

Referencia: Expediente T-149012.

Peticionario: Efraín Sánchez Vásquez.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

En desarrollo de sus atribuciones constitucionales y legales, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, procede a revisar la sentencia proferida en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. La solicitud.

El señor Efraín Sánchez Vásquez formuló acción de tutela contra la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en virtud de la

sentencia definitiva proferida por esa Corporación dentro del proceso instaurado contra las decisiones adoptadas por la Caja Nacional de Previsión Social, en relación con el reconocimiento y pago de su pensión vitalicia de jubilación, al estimar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social con la falta de valoración integral del material probatorio presentado, lo que, a su modo de ver, configuró una vía de hecho.

Por tal razón, solicitó declarar el mencionado vicio judicial y, en consecuencia, ordenar la modificación de la providencia cuestionada, con el fin de obtener el reajuste del monto final liquidado para el pago de la referida prestación social.

2. **Hechos.**

Los hechos que sustentan la anterior petición y que constan en el expediente se sintetizan a continuación:

2.1. El demandante, ex-funcionario de la Contraloría General de la República, trabajó en esa entidad por más de 32 años, con afiliación en materia pensional a la Caja Nacional de Previsión Social. Al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio, solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, la cual fue decretada mediante la Resolución No 4316 del 2 de julio de 1993, por la suma de $ 118.350 mensuales.

2.2. Ante la inconformidad que le generó tal liquidación, por no contemplar todos los factores salariales a los cuales el solicitante estimaba tener derecho, según el régimen especial contenido para los funcionarios de ese organismo de control fiscal (Decreto 929 de 1976), presentó los correspondientes recursos de reposición y apelación de la vía gubernativa contra la Resolución de la Caja Nacional de Previsión Social No. 4316 de 1992 que reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación del actor.

Las decisiones allí adoptadas tuvieron como fundamento el hecho de que el estatus de pensionado del recurrente había sido adquirido el 25 de abril de 1991, bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985 que la modificó y el Decreto 929 de 1976, según lo cual la base de la liquidación debía provenir de los factores salariales causados y pagados durante el último semestre. La resolución final del recurso de apelación excluyó los viáticos del conteo como factor salarial, por el no pago oportuno de los aportes sobre los mismos, e incorporó la bonificación especial (quinquenio), aumentando la cuantía de la prestación social a $124.833.43, monto que seguía siendo inadecuado para sus intereses económicos, estimados en la suma de $586.295.70 mensuales.

2.3. Los actos administrativos[1] expedidos durante esa instancia administrativa fueron demandados en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el afectado, señor Sánchez, ante la jurisdicción contencioso administrativa, con el fin obtener el reconocimiento de la pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre laborado, apoyado en el desconocimiento del régimen especial de pensiones previsto en el Decreto 929 de 1976 y de la definición de salario, entendida como todo aquello devengado en la relación laboral, según concepto del Consejo de Estado del 26 de marzo de 1992 (Radicación No. 433), citado para el efecto.

---

[1] Resoluciones No. 4316 del 2 de julio de 1992, por la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual y vitalicia de jubilación, la No. 9862 del 16 diciembre de 1992 que resolvió el recurso de reposición y la No. 2854 del 2 de julio de 1993 que desató el de apelación, expedidas por el Sub-director de Prestaciones Económicas y el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social.

2.4. El 10 de mayo de 1996, el Tribunal Contencioso Administrativo de Casanare declaró la nulidad de las mismas al considerar que la prestación debía liquidarse con la totalidad de *"rubros devengados en el último semestre y que fueran certificados por la entidad pagadora de la Contraloría General de la República"*, con los incrementos anuales legales, y descontando los valores ya cancelados, condenando a la entidad demandada a reconocer la indexación en la forma señalada en la parte motiva y eliminando la indemnización moratoria, por excesiva, dicho fallo fue impugnado por Cajanal, como entidad demandada, entre otras razones, porque no todos los factores salariales habían sido objeto del descuento del 5% a su favor, por la indebida inclusión de la bonificación en forma total y no proporcional a los seis meses laborados, por la liquidación de las vacaciones como factor salarial pese a estar incluidas en el sueldo y la prima de vacaciones, así como por haberse tenido en cuenta un certificado de sueldos inconsistente.

2.5. De la apelación de la precitada decisión conoció la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, la cual la confirmó parcialmente, ordenando liquidar la pensión vitalicia de jubilación con base en los factores salariales certificados por la Contraloría General de la República, *"excepto los rubros de prima de vacaciones, por el año correspondiente al 27 de abril de 1989 hasta el 26 de abril de 1990 y viáticos. Las sumas ordenadas se pagarán con los incrementos anuales ordenados por la ley, descontando los valores que hayan sido cancelados por dicho concepto y las sumas que por aportes corresponda detraer."*. Igualmente determinó aplicar la fórmula para la indexación ordenada, precisando la forma de realizarlo y señaló que la exclusión de los viáticos del cálculo respectivo de la prestación ocurrió por la falta de certeza dentro del proceso de su recibo, en un lapso continuo de seis meses o mayor, según la exigencia del artículo 9 del Decreto 929 de 1976 y por la inconsistencia presentada con las vacaciones en la certificación sobre sueldos, salarios y prestaciones sociales aportada, ya que coincidían en un mismo período el disfrute de las vacaciones con el recibo de viáticos, conceptos excluyentes para dicha Sala, al suponer el primero un descanso y el segundo un servicio activo.

2.6. La apoderada del actor solicitó la adición a la anterior providencia argumentando la resolución parcial sobre uno de los extremos de la litis, por omitirse la valoración completa de las pruebas presentadas, lo que ocasionó una interpretación contraria a los intereses del trabajador, en cuanto señaló que éste había recibido coetáneamente 43 días por concepto de vacaciones y 182 días por el de viáticos, valoración equivocada, ya que las vacaciones no habían sido disfrutadas sino reconocidas en dinero, situación que pudo haberse comprobado a partir de los actos administrativos allegados al proceso que confirieron la comisión al actor, los cuales demostraban, por un lado, su servicio activo durante el último semestre y, por otro, el cumplimiento del requisito exigido por el Decreto 929 de 1976 para su inclusión en la liquidación, debiendo entonces tales conceptos ser valorados en el monto definitivo de la prestación social.

2.7. La anterior argumentación no fue de recibo por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, la cual negó la adición señalando que no hubo omisión en la resolución acerca de cualquiera de los extremos de la litis o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento (causales legales de adición de las sentencias C.P.C., artículo 311), pues hubo pronunciamiento sobre los viáticos, sólo que en forma diferente a lo pedido por el peticionario y la valoración probatoria sobre un hecho tal y como fue afirmado en la misma demanda como vacaciones y no como *"indemnización de vacaciones"*, aun cuando posteriormente se hubiere intentado argumentar esa otra situación.

2.8. En virtud de esa providencia, el interesado instauró la acción de tutela por considerar que el Consejo de Estado, en la Sala ya mencionada, violó sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, al interpretar erróneamente el contenido de la certificación de sueldos, salarios y prestaciones sociales expedida por la Contraloría General de la República, en cuanto dedujo una inconsistencia inexistente entre los conceptos de vacaciones y viáticos, que incidió negativamente en la determinación final de la pensión de jubilación, evaluación que, en su criterio, configuró una vía de hecho judicial.

En su opinión, si bien era cierto que el mencionado certificado omitió precisar que el rubro de vacaciones correspondía en dinero y no en tiempo, obraban en el expediente otras pruebas que permitían tal demostración, como las respectivas resoluciones de comisión de servicios[2], ordenada en forma permanente por un término de 182 días continuos; por lo tanto, recalcó que el desconocimiento del derecho al debido proceso y a la seguridad social se concretó, para el primero, en la interpretación de los hechos en su contra, la valoración incorrecta de la prueba relacionada con la comisión de servicios presentada, la no apreciación en su conjunto de todas las pruebas que reposaban en el expediente, y la falta de decreto de oficio de pruebas adicionales para aclarar la cuestión y, respecto del segundo, dada su condición de pensionado y persona de la tercera edad que tuvo que esperar más de cinco años para una resolución a todas luces insatisfactoria y contraria al ordenamiento jurídico vigente, que en últimas le ha negado su derecho a recibir una pensión digna.

En consecuencia, con base en esas circunstancias requirió el amparo ante la justicia constitucional, teniendo en cuenta el efecto de la ejecutoria del fallo de segunda instancia y la imposibilidad de impugnarlo mediante algún otro medio adicional y judicial de defensa.

3. Pruebas que obran en el expediente.

Dentro del amplio acervo probatorio que reposa en el expediente, se destacan los siguientes documentos:

3.1. Fotocopias autenticadas de las Resoluciones expedidas por la Contraloría General de la República, correspondientes a los No. 4453 del 3 de mayo de 1991, 5882 del 6 de junio de 1991, 7207 del 10 de julio de 1991, 8079 del 6 de agosto de 1991 (aclarada mediante la Resolución No 8349 del 13 de agosto del mismo año), 9337 del 4 de septiembre de 1991 (aclarada mediante la Resolución No 10124 del 26 de septiembre de 1991), y 10286 del 10 de octubre de 1991, por las cuales se concedió comisión de servicios al señor Efraín Sánchez Vásquez (fls. 67-74).

3.2. Copias auténticas de la Resolución No. 08523 del 20 de agosto de 1991 mediante la cual se aplaza, por necesidades del servicio, el disfrute de vacaciones otorgadas al señor Sánchez en la Resolución No. 8039 del 2 de agosto de 1991, la Resolución 02195 del 19 de marzo de 1992 que posteriormente le reconoce al mismo las vacaciones en dinero, la Resolución No. 011011 del 24 de octubre de 1991 que le acepta la renuncia a partir del 5 de noviembre de 1991, todas éstas expedidas por la Contraloría General de la República (fls.75, 74 y 134) y la Resolución 4316 del 2 de julio de 1992 que reconoce y ordena el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación, por la Caja Nacional de Previsión Social (fl. 114).

3.3. Memorial de apelación contra la Resolución No. 4316 del 2 de julio de 1992, antes citada (fl.118).

---

[2] Resoluciones Nos 4453 de mayo de 1991, 5882 de junio 6 de 1991,7207 de julio 10 de 1991,8079 de agosto 6 de 1991 (la cual fue aclarada mediante Resolución No 8349 del mismo año),9337 de septiembre 4 de 1991 (aclarada mediante Resolución No 10124 de septiembre 26 de 1991), y 10286 de octubre 10 de 1991.

3.4. Sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Casanare, con fecha 10 de mayo de 1996 (fl. 22).

3.5. Sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, del día 3 de abril de 1997; memorial presentado por la apoderada del actor, fechado el 7 de mayo de 1997, solicitando la adición a la anterior sentencia; y la providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, del 29 de mayo de 1997, negando dicha adición (fls. 43, 58, y 62).

3.6. Certificado No 368 del 27 de mayo de 1992 sobre sueldos, salarios y prestaciones sociales, expedida por el Director Administrativo y Financiero, Tesorero General, Auditor General ante Contranal y Revisor Responsable de la Contraloría General de la República (fl. 77).

3.7. Certificación del 21 de agosto de 1997, proferida por la Jefe de la División de Prestaciones y Nómina de la Contraloría General de la República, en la que consta que las vacaciones del señor Efraín Sánchez Velásquez fueron aplazadas por estar vigente una comisión de servicios y posteriormente reconocidas en dinero (fl. 78).

3.8. Solicitud de revisión de la Tutela No T-149012, de fecha 18 de diciembre de 1997, suscrita por el Dr. José Fernando Castro Caycedo, Defensor del Pueblo.

II. LA DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA.

Mediante Sentencia del 22 de octubre de 1997, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá denegó la tutela solicitada por Efraín Sánchez Vásquez, al no encontrar probada la vía de hecho denunciada contra la decisión del Consejo de Estado del 3 de abril de 1997, proferida por la Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección A, con fundamento en las siguientes razones:

Después de presentar algunos lineamientos generales sobre la acción de tutela, dentro de los cuales resaltó sus características especiales de subsidiaridad e inmediatez, el *a quo* manifestó que el actor no demostró la violación denunciada del derecho al debido proceso, tema consustancial al ejercicio de esa acción y supuesto básico para la determinación sobre la existencia de una vía de hecho judicial como la solicitada, toda vez que, en su concepto, la procedibilidad del amparo contra providencias judiciales requiere de la adopción de la autoridad judicial de una decisión que rebase todos los límites de la legalidad, o sea, que carezca de un fundamento serio, objetivo, razonable y que obedezca a su sola voluntad capricho o arbitrio, de manera que la interpretación que hace un juez de la ley en ejercicio de sus competencias y de su autonomía, cuando examina el material probatorio según su criterio, no puede dar lugar a la configuración de una vía de hecho que viabilice esa protección.

Adicionalmente, indicó que dicho amparo constitucional por vía de tutela no es general y abstracto para todo tipo de decisiones judiciales, sino que se circunscribe única y exclusivamente a las providencias que no tengan la virtualidad de poner fin a la instancia o al proceso, por lo que, para el caso particular, su procedencia estaría seriamente cuestionada al versar sobre una sentencia definitiva, proferida por el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, por un eventual error de apreciación respecto de la prueba de la certificación de lo devengado. Además, agregó que no podía pretenderse una adición a una providencia basada en la valoración probatoria de un hecho afirmado en la demanda como "vacaciones" y denominado posteriormente como "indemnización de vacaciones"; así las cosas, de la aplicación de la ley y del examen del material probatorio efectuados por el Consejo de Estado, en su criterio, no se derivó una vía de hecho que hiciera procedente la acción de tutela.

El anterior fallo fue aclarado por parte de uno de los magistrados del Tribunal, en el sentido de que dicha acción también procede contra sentencias que no tengan la virtualidad de poner fin a la instancia o al proceso, todo depende de la violación que con la misma se produzca a los derechos constitucionales fundamentales del accionante y que justifique su trámite.

Por cuanto la decisión sobre la cual se ha hecho referencia no fue impugnada en su oportunidad, el Tribunal que tramitó en única instancia la actual tutela remitió el proceso a esta Corporación para los efectos de su eventual revisión constitucional, en cumplimiento del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Segunda de Selección de Tutelas procedió a su escogencia y reparto, asignando su conocimiento a la Sala Sexta de Revisión, de conformidad con el artículo 33 del Decreto *ibidem*, la cual procede a resolverla, previas las siguientes consideraciones.

III CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. La materia a examinar.

El asunto sometido a revisión de esta Corporación versa sobre la eventual configuración de una vía de hecho judicial con respecto a la decisión proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en razón al presunto desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social del formulante de la presente acción de tutela, en la valoración probatoria realizada dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que afectó la definición de la cuantía reconocida con destino al pago de la pensión mensual y vitalicia de jubilación del actor.

De manera que, la resolución de esta materia deberá producirse dentro del ámbito de la procedibilidad de dicho amparo constitucional frente a las providencias judiciales cuestionadas por un exceso ilegítimo en el juicio valorativo de las pruebas que sustentan la decisión adoptada, y que consecuentemente haya generado una vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de las personas.

3. Presupuestos básicos de la doctrina constitucional sobre la acción de tutela respecto de las providencias judiciales en relación con el juicio valorativo de las pruebas.

Del contenido del artículo 86 de la Carta Política de 1991 y de los abundantes desarrollos jurisprudenciales emanados de esta Corte, se desprende que la acción de tutela constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos que establezca la ley, cuyo trámite compete a los distintos jueces de la República, a fin de que resuelvan sobre las situaciones de hecho que por esas circunstancias se presenten.

Dicha acción muestra por su finalidad un carácter extraordinario, en la medida en que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, lo que supone un uso en forma supletiva[3]

[3] Ver, entre otras, la Sentencia T-100 de 1997, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

con carácter subsidiario; de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto, en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz[4], mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente decida el fondo del asunto.

Ahora bien, dentro de las referidas situaciones de hecho que pueden originarse por el acto de alguna autoridad pública, tienen cabida las actuaciones producidas dentro del ámbito del poder judicial. Si bien, en el desarrollo de las facultades de los funcionarios judiciales aparece envuelto por la vigencia del principio de independencia y autonomía para la toma de sus decisiones, en cumplimiento de la función pública de administrar justicia (C.P., artículo 228), el espectro de la protección constitucional de la acción de tutela, con el fin de recuperar la legitimidad del ordenamiento positivo existente, excepcionalmente puede extenderse y comprender algunas de esas actuaciones judiciales, permitiendo a la jurisdicción constitucional armonizar los resultados del ejercicio de las competencias judiciales, con la defensa y prevalencia del ordenamiento constitucional regente.

La ya consolidada doctrina constitucional ha admitido que las providencias judiciales pueden presentar vicios en su configuración denominados vías de hecho, de conformidad con los criterios esbozados por esta Corte, a partir de la Sentencia C-543 de 1992. En términos generales, dicha figura resulta de la actuación de los funcionarios con poder judicial de manera arbitraria y caprichosa, sin fundamento objetivo y razonable, apartada de los parámetros constitucionales y legales, sin operancia de los principios de legalidad y seguridad jurídica, por la imposición del interés propio de aquéllos, mediante comportamientos que *prima facie* parecieran reflejar los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico vigente, dada la calidad de autoridad del funcionario que la profiere y de la potestad que ejercita, pero que bajo un examen más estricto tales supuestos resultan descartados[5].

Las providencias judiciales expedidas en dicha forma deben gozar de respectivos medios judiciales de controversia que garanticen el ejercicio del derecho de defensa; sin embargo, en caso de que las mismas lesionen o amenacen con vulnerar los derechos fundamentales de las personas, resulta viable el control constitucional puesto en movimiento a través de la formulación de la respectiva acción de tutela, cuando aquellos medios se hubiesen agotado o resultaren ineficaces para la finalidad propuesta, o se requiera de una protección transitoria frente a la inminencia de un perjuicio irremediable, que permita protegerlos, restaurando la legalidad desconocida.

Se resalta entonces que la viabilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales dependerá de la configuración de las características propias de la vía de hecho y del desconocimiento de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, dada su importancia para el desarrollo de la personalidad de las personas, como fundamento de la legitimidad del ordenamiento jurídico nacional y de su carácter inalienable[6].

De esta manera, el examen de las providencias señaladas como constitutivas de una vía de hecho no sólo se contrae a sus aspectos formales, sino que, además, comprende su contenido

---

[4] Ver, entre otras, la Sentencia T-279 de 1997, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

[5] Ver la Sentencia T-368 de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

[6] Ver la Sentencia T-198 de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

sustantivo permitiendo así determinar los defectos que puedan presentarse en la decisión judicial, bien sean de naturaleza sustantiva, fáctica, orgánica o procedimental, lo cual, se aclara, no supone una resolución sobre la cuestión materia de la litis de competencia del juez correspondiente, sino la verificación de la presencia de las condiciones irregulares que conforman tal vicio, en la forma que se destaca a continuación:

> " *(...) la Corte ha indicado que hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial cuando (1) la decisión impugnada se funda en una norma* ***evidentemente*** *inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta* ***incuestionable*** *que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece,* ***en forma absoluta****, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó* ***completamente*** *por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte* "esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial"[7]. *Revisadas las decisiones pertinentes, parece claro que, implícita o expresamente, cada vez que esta Corporación confiere un amparo constitucional contra una* sentencia judicial, *lo hace fundada en uno de estos cuatro posibles defectos.". (Sentencia T-008 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.).*

Así pues, el control constitucional autorizado respecto de las decisiones judiciales, con el cual se pretende que éstas guarden la debida consonancia con el ordenamiento constitucional imperante, cuando constituyan actuaciones abusivas por el ejercicio desviado de la función pública de administrar justicia, tiene por sustento garantizar en concreto el respeto de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia (C.P., artículo 29 y 229), dentro de la configuración del derecho público a la jurisdicción o tutela judicial, del cual son titulares todas las personas[8].

Puede hablarse, entonces, de una verdadera vía de hecho cuando la tacha que se le adjudica a una actuación judicial se verifica como abusiva y claramente lesiva del ordenamiento jurídico y de los derechos fundamentales de quien la denuncia, y contra la cual no existen o ya se encuentran agotados los medios judiciales de defensa apropiados, que hacen procedente las órdenes definitivas de protección mediante el trámite de la acción de tutela o de manera temporal para contrarrestar un perjuicio irremediable que acecha en forma inminente contra los mismos y que tornan en urgente la adopción de medidas correctivas para su salvaguarda y preservación.

Adicionalmente, de la jurisprudencia sentada por esta Corporación se deduce la facultad del juez de tutela, frente a la eventual amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de las personas por una decisión judicial, de examinar bajo qué parámetros constitucionales se ejerció la potestad discrecional judicial para valorar las pruebas puestas bajo su conocimiento, influyendo en la decisión que se cuestiona como violatoria de derechos fundamentales.

Lo anterior, por cuanto es claro que el examen que realiza el juez de tutela frente a la valoración judicial de las pruebas dentro de un proceso de otra jurisdicción, debe partir de la plena vigencia del principio constitucional de la autonomía e independencia de los jueces (C.P., artículo 228), precisamente, por la falta de inmediatez respecto de su práctica, lo que

---

[7] ST-231/94 M.P.Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[8] Ver la Sentencia T-231 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

en consecuencia vuelve excepcional la configuración de una vía de hecho[9]; sin embargo, no se puede perder de vista que a pesar de ese gran poder discrecional judicial, la decisión no puede basarse en un juicio arbitrario, sino que debe reunir unos criterios que garanticen una decisión imparcial, objetiva y ajustada a la legalidad, como lo ha establecido la Corte en la forma que se destaca en seguida, y que son los que verifica el juez constitucional durante su examen:

> *"(...) si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (artículos 187 C.P.C y 61 C.P.L), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente (...)". (Sentencia T-442 de 1994 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).*

Debe resaltarse, así mismo, que el ejercicio del poder discrecional no puede conducir a la arbitrariedad judicial contra los derechos fundamentales de las personas, cuando en la valoración del material probatorio se desconoce una situación de hecho que de considerarla los haría realizables:

> *"Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales".*

En el evento de que la respectiva autoridad judicial omita la apreciación de la prueba allegada, o no estime probado el hecho y adopte la decisión desconociendo y contraviniendo la realidad probatoria de los hechos y circunstancias que ese material arroja, la Corte ha señalado que se produce una actuación arbitraria constitutiva de una vía de hecho, cuyo fundamento constitucional es el siguiente:

> *"Para la Corte es claro que, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela.*
>
> *La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y distorsiona el fallo, el cual -contra su misma esencia- no plasma*

[9] Ver la Sentencia T-055 de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta.". (Sentencia T-329 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Comoquiera que el vicio conformativo de una vía de hecho, derivado de la evaluación judicial de las pruebas, debe configurar una situación de trascendencia, esta Corporación ha sostenido que *"el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia...".* [10] (subraya fuera del texto), debiendo el juez de tutela limitarse a constatar que la decisión *"...se funda en algún elemento de juicio razonable, con independencia de su suficiencia o de la corrección de la valoración judicial".*[11]

Con base en los anteriores criterios jurisprudenciales la Corte debe entrar a determinar si se ha producido, en el caso *sub examine*, una vía de hecho en la actuación judicial que se cuestiona y, en consecuencia, si la providencia del juez de tutela estuvo acorde con la doctrina constitucional expedida sobre este tema.

4. **Análisis del caso concreto.**

La inconformidad del actor se refiere a la equivocada estimación por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, del material probatorio adjuntado al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado contra las decisiones de la Caja Nacional de Previsión Social, en el trámite del reconocimiento y pago de su pensión vitalicia de jubilación.

En el caso concreto, lo controvertido versa sobre la circunstancia de derivar, la citada Corporación, una inconsistencia de la certificación de sueldos, salarios y prestaciones sociales, expedida por la Contraloría General de la República (Resolución No. 368 del 27 de mayo de 1992), que hizo excluyentes los conceptos de vacaciones y viáticos, lo que condujo a suprimir estos últimos de la liquidación final, ya que, en opinión del demandante, si bien dicha certificación omitió precisar que las vacaciones fueron reconocidas en dinero, en el expediente reposaban otras pruebas que podían dar cuenta de la ocurrencia de dicha situación, tales como las respectivas resoluciones de comisión[12], que arrojaban una permanencia en la prestación del servicio por un término de 182 días continuos.

Lo anterior, llevó al actor a cuestionar la actitud del juez colegiado por haber interpretado en su contra la duda allí surgida, por no haber solicitado pruebas de oficio para aclararla ni haber apreciado en su conjunto las que obraban dentro del expediente, de manera que permitieran conocer la realidad fáctica de la situación, generando con esto una actuación lesiva en sus derechos fundamentales que el mismo enmarcó dentro de la figura de la vía de hecho judicial para fundamentar la acción de tutela que instauró en contra de ese máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa.

El examen de esta Corporación se centra, entonces, en precisar si la valoración de la prueba sobre la cual el Consejo de Estado fundamentó su decisión, desconoció los derechos al debido proceso y a la seguridad social, invocados por el accionante.

---

[10] Sentencia T-442 de 1994, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

[11] Sentencia T-08 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[12] Resoluciones Nos. 4453 de mayo de 1991, 5882 de junio 6 de 1991, 7207 de julio 10 de 1991, 8079 de agosto 6 de 1991 (la cual fue aclarada mediante Resolución No 8349 del mismo año),9337 de septiembre 4 de 1991 (aclarada mediante Resolución No 10124 de septiembre 26 de 1991), y 10286 de octubre 10 de 1991.

Pues bien, en primer término, como lo estableció el Consejo de Estado, en la Sala en mención, en el caso *sub examine* debía darse aplicación del artículo 7o. del Decreto 929 de 1976 para el reconocimiento de la pensión de jubilación, con base en el promedio de los salarios devengados durante el último semestre, según los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por mandato del artículo 17 del Decreto *ibidem*, que hace extensivas las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifiquen y adicionen a los empleados de la Contraloría General de la República, en cuanto no se opongan a dicho decreto ni a su finalidad.

Tal interpretación legal es acogida por esta Corte en los mismos términos, toda vez que la discusión planteada en la presente tutela se dirige, exclusivamente, hacia la forma en que se calificaron las pruebas aportadas al proceso, a fin de fijar los rubros a contabilizar en la liquidación y que, en concepto del demandante, dicha valoración culminó con el desconocimiento de los hechos realmente probados, sustento del reconocimiento justo de su derecho a la pensión vitalicia de jubilación, en la medida en que de la certificación de sueldos, salarios y prestaciones sociales, expedida por la Contraloría General de la República, en unión con las pruebas aportadas al proceso como los actos administrativos arriba señalados, se podía deducir el cumplimiento de una comisión de servicios ordenada por la mencionada entidad, con duración de seis meses consecutivos, al igual que el reconocimiento del disfrute en dinero de las vacaciones, conceptos aptos para ser tenidos en cuenta como factores salariales.

Del presente estudio, la Sala encuentra, en primer término, que dicha afirmación no resulta cierta, en la medida en que las circunstancias relacionadas con el aplazamiento del disfrute de las vacaciones por necesidades del servicio y la indemnización en dinero de las mismas, no fueron probadas debida y oportunamente ante la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, ya que las resoluciones en donde constan tales hechos no se evidencian en el libro de pruebas del proceso por nulidad y restablecimiento del derecho, sino que fueron suministradas posteriormente y reposan en el expediente referente al trámite de la presente acción de tutela.

En este aspecto es preciso recordar que, como lo ha mencionado esta Corporación en otras ocasiones, el análisis en la revisión de tutela no se puede apartar de la estructura y principios que caracterizan otras jurisdicciones, de donde se concluye que la vigencia del principio de justicia rogada, fundamento de la administración de justicia contencioso administrativa, según el cual el juez de la causa debe pronunciarse respecto de lo solicitado y probado en el proceso, debía operar en el presente caso que se examina y en virtud del cual la actuación de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, resultó conforme a derecho.

De manera que, no se estima probado ningún defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental, que permita descalificar como acto judicial e endilgarle el vicio de la vía de hecho a la decisión proferida por la mencionada Sala de lo Contencioso Administrativo, y que permita señalar que ha generado una violación a algún derecho constitucional fundamental del actor, que haga procedente la presente acción de tutela,

Así las cosas, a juicio de esta Corporación, el actor pretendía hacer uso de una especie de recurso extraordinario de casación, teniendo en cuenta que las modalidades propias del recurso de casación, para la vía de los procesos ordinarios por violación indirecta de la ley, a causa de un error de hecho frente a la apreciación incorrecta de la prueba o la equivocada interpretación de la ley, no son del resorte del juez de tutela; si ello fuese así, no solamente se quebrantaría el precepto según el cual, la tutela no es procedente cuando existen otros medios de defensa

judicial, sino que se abriría paso definitivamente para atentar contra los efectos de la cosa juzgada, con respecto a las providencias judiciales, y en relación con las cuales, excepcionalmente, es procedente la tutela.

Ya se ha dicho como la tutela no es el medio expedito para reabrir procesos judiciales debidamente terminados mediante los procedimientos ordinarios; más aún, cuando en el caso actual la misma situación que se controvierte fue objeto de solicitud de adición de la sentencia, ante la misma Corporación que la expidió, habiendo sido decidida de conformidad con la normatividad vigente.

Sobre este aspecto, esta Sala considera necesario anotar que la adición solicitada por el accionante respecto de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, solamente, era posible definir en los términos del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, o sea cuando *"... la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la* litis, *o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento"*, requisitos que como se observa no se reunieron, ya que en la misma no se evidencia una decisión incompleta, puesto que dicha Sala resolvió sobre los distintos aspectos de fondo y pretensiones de la demanda.

Tampoco la pretensión del actor, de obtener una modificación a la misma, era factible, teniendo en cuenta que la adición de las providencias, bien de oficio o a petición de parte dentro del término de su ejecutoria, a través de una sentencia complementaria, pretende considerar e incluir aquello que no fue materia de pronunciamiento, resultando inmodificable en lo ya decidido, como la doctrina procesalista nacional lo señala de la siguiente manera:

> *"... la adición no puede ser motivo para violar el principio de la inmutabilidad de la sentencia por el mismo juez que la dictó, y es por eso que so pretexto de adicionar no es posible introducir ninguna modificación a lo ya definido, pues se trata es de agregar, de pronunciarse sobre pretensiones no estimadas pero no de reformar las ya consideradas; en suma, de proveer adicionalmente pero sin tocar lo ya resuelto".*[13]

En este orden de ideas, la Sala considera que en la decisión impugnada, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el día 3 de abril de 1997, no se evidenció un comportamiento irrazonable e injustificado, contrario al ordenamiento constitucional y legal en vigor, que permita entrar a la Corte a revisar la valoración probatoria, cuando bien se sabe que la misma está protegida por el principio de independencia y autonomía judicial.

Por lo tanto, encontrándose ajustada a estas consideraciones la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá como juez de tutela, esta Sala la confirmará, previa la acotación indispensable acerca de una de las afirmaciones expresadas en apoyo a esa decisión, en el sentido de que el amparo de tutela no procede contra sentencias que pongan fin a una instancia o a un litigio, es decir en contra de las providencias judiciales definitivas, que a todas luces contraviene los pronunciamientos permanentes de la Corte Constitucional.

De esta manera, compartiendo los argumentos esgrimidos en la aclaración de voto presentada a dicha providencia por uno de sus magistrados, debe puntualizarse que el señalamiento en mención, contraría la doctrina constitucional que esta Corporación ha elaborado sobre las vías de hecho judiciales, para lo cual resulta pertinente reiterar lo establecido en la Sentencia T-175 de 1994[14] en relación con el particular:

---

[13] López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal, Editorial, págs. 612 y ss.

[14] Con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell.

"Como regla general, ha reconocido esta Corte, que la acción de tutela no procede contra sentencias judiciales sobre las cuales recae el efecto de cosa juzgada. Este efecto genera una situación de estabilidad jurídica, que permite, de un lado, hacer cumplir lo que en la sentencia se decidió, pero igualmente, impide que se discuta o se vuelva a cuestionar ese contenido entre las mismas partes. Por eso, esta especie de intangibilidad de lo decidido, constituye el efecto primordial de la sentencia con valor de cosa juzgada.

No obstante, para la Corte también es claro que esa certeza que impone la cosa juzgada no constituye un valor absoluto frente a la vigencia y defensa de los derechos fundamentales, de suerte que si está de por medio la protección de tales valores, procede la tutela contra sentencias que sean el resultado de una "vía de hecho", lo cual ocurre cuando el juez la adopta contrariando ostensiblemente el contenido y voluntad de la ley o desconociendo ritualidades cuya observancia consagran una garantía del derecho de defensa de las partes en el proceso. La cosa juzgada como resultado de una vía de hecho, pierde su valor de decisión intangible y poco vale como cosa juzgada". (Subraya fuera del texto original).

En consecuencia, la vía de hecho desvirtúa el efecto de la cosa juzgada de una decisión definitiva, cuando en ésta se verifican los requisitos propios de ese vicio, constituyendo precisamente el carácter concluyente de la decisión judicial un fundamento esencial de la procedencia la acción de tutela, por la inexistencia de otro medio judicial de defensa que permita sortear la amenaza o vulneración que se cierne sobre los derechos fundamentales del afectado con dicha decisión y en razón de la misma.

Con base en las anteriores consideraciones, a continuación se confirmará la providencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, el día 22 de octubre de 1997, que negó la acción de tutela al señor Efraín Sánchez Vásquez, por no encontrar configurada una vía de hecho en la decisión emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, el 3 de abril de 1997.

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 la sentencia de tutela proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, el día 22 de octubre de 1997, en el proceso de tutela de la referencia.

Segundo. LIBRESE por Secretaría comunicación a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, con el objeto de que se surta la notificación de esta providencia, según lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-205
mayo 13 de 1998

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de mesadas pensionales atrasadas

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general de pago de acreencias laborales

CESANTIA DEFINITIVA-Retraso en el pago

Referencia: Expediente T-161408.

Peticionario: Julio Carlos Torres Brú contra el Gobernador del Departamento de Córdoba y el Director del Fondo Territorial de Pensiones y Cesantías del Departamento de Córdoba.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá, D. C., mayo trece (13) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, procede a revisar el fallo proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Montería, de fecha 11 de febrero de 1998 dentro del proceso de tutela promovido por el señor Julio Carlos Torres Bru contra el Gobernador del Departamento de Córdoba y el Director del Fondo Territorial de Pensiones y Cesantías del mismo departamento.

El expediente de la referencia fue remitido a esta Corporación en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991, el cual fue seleccionado para los efectos de la revisión de la sentencia mencionada, habiéndole correspondido su decisión a esta Sala.

El actor indica que es pensionado del Departamento de Córdoba desde el veinte (20) de diciembre de 1994, pero hasta la fecha no se le han cancelado sus prestaciones sociales, a pesar de que a la extinta Caja de Previsión Social de Córdoba se le envió lo necesario para cancelar dichas prestaciones a todos los pensionados (incluyendo cesantías definitivas y retroactivas).

Agrega que hasta la fecha no ha sido posible obtener la consecución de dichas obligaciones por parte del Fondo Territorial de Pensiones y Cesantías del Departamento de Córdoba (el cual vino a asumir las obligaciones a cargo de la Caja). Afirma que existe una adición presupuestal para el pago que solicita, el cual debió hacerse respetando el orden cronológico de ingreso de las solicitudes.

Por último, señala que el proceder omisivo de la accionada, vulnera sus derechos al trabajo, al pago oportuno de las prestaciones sociales, a la protección especial para las personas de la tercera edad y a la igualdad, por lo que solicita que, se ordene al Fondo Territorial el reconocimiento de su auxilio definitivo de cesantías, así como la retroactividad de sus mesadas, y que igualmente se haga la respectiva liquidación de la misma, con la respectiva indexación.

LA DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA

Mediante sentencia del 11 de febrero de 1998, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Montería resolvió tutelar los derechos fundamentales del accionante al trabajo y al pago oportuno de las prestaciones sociales, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, manifiesta el que El Fondo Territorial de Pensiones y División de Cesantías de Córdoba le reconoció al accionante, por medio de Resolución, fechada 29 de diciembre de 1994, sus cesantías por valor de seis millones setecientos cincuenta y cinco mil novecientos ochenta y dos pesos ($6'755.982) sin haberle notificado dicha decisión y sin cancelarle la suma en ella reconocida, aduciendo falta de presupuesto.

Afirma que *"ha sido Doctrina reiterada de la Corte Constitucional que el Juez de tutela puede tutelar el derecho al pago de las prestaciones sociales en forma indirecta a través de la protección del derecho de petición cuando no han sido reconocidas, o en forma directa, cuando la Caja de Previsión respectiva o en este caso el Fondo Territorial de Pensiones y División de Cesantías de Córdoba ha expedido la resolución de reconocimiento y aún no se han cancelado"*

De otra parte, indica el citado juzgado, que el trabajo es un derecho y una obligación que goza de protección especial del Estado y, como lo ha sostenido la Corte, el amparo que se da a las prestaciones debe ser el mismo que se le dé al salario, por lo que al no habérsele cancelado las cesantías al accionante, con dicha omisión se ha violado su derecho fundamental al trabajo, y en consecuencia, debe concederse la tutela.

En tal virtud ordenó al Gobernador de Córdoba y al Director del Fondo de Pensiones y Cesantías de Córdoba, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, procedan a cancelarle las prestaciones sociales en forma indexada, siempre que exista partida presupuestal para ello, o en su defecto y dentro del mismo término, inicien los trámites pertinentes para cumplir con dicha obligación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral noveno de la Carta Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Montería.

Examen del caso concreto

En el presente asunto, la tutela se dirige a que se ordene al Fondo Territorial de Pensiones y Cesantías del Departamento de Córdoba, reconocerle el auxilio definitivo de cesantía, con la respectiva indexación, así como a que se le paguen en forma retroactiva sus mesadas pensionales.

En cuanto a la solicitud de cancelación de las mesadas pensionales, encuentra la Sala que con fundamento en las pruebas solicitadas por el Magistrado Sustanciador, y remitidas en su debida oportunidad por la autoridad accionada, es claro que al peticionario no sólo mediante resolución No. 2030 del 20 de diciembre de 1994, se le reconoció y ordenó el pago de su pensión mensual vitalicia de jubilación, sino que adicionalmente mediante resolución No. 3048, se le ordenó el pago de las mesadas atrasadas por valor de $995.442.oo.

En consecuencia, en lo que hace al pago de las mesadas pensionales, observa la Sala que al peticionario se le han venido cancelando las mismas en forma oportuna, por lo que no existe

vulneración alguna de sus derechos constitucionales fundamentales alegados, y por lo tanto, es improcedente la tutela. No obstante, cabe destacar que en el eventual caso en que, la entidad accionada haya incurrido nuevamente en mora en el pago de las mismas, en principio como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación, la tutela no es viable para reclamar el pago de mesadas atrasadas, ya que para dichos eventos, existen otros medios de defensa judicial, salvo que se llegase a demostrar la existencia del perjuicio irremediable en cabeza del peticionario.

Por su parte, en cuanto hace a la petición encaminada a obtener por vía de tutela el reconocimiento del auxilio definitivo de las cesantías, así como el pago de las mismas con la respectiva indexación, debe la Sala reiterar la jurisprudencia de la Corte, expuesta entre otras, en la sentencia No. T-144 de 1998 (MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero), según la cual:

> *"La Corte Constitucional, en numerosas sentencias, ha señalado que la tutela, de manera general, no es el mecanismo judicial apropiado para lograr el pago de prestaciones laborales, por existir el medio adecuado ordinario de defensa judicial.*
>
> *Sin embargo, esta misma Corporación ha señalado, que en situaciones excepcionales y extraordinarias, la tutela se empleará para lograr el pago de acreencias laborales, únicamente cuando lo que se pretenda con ella, sea la protección y prevalencia de derechos fundamentales constitucionales violados o amenazados, para lo cual los mecanismos ordinarios no serían efectivos (...)".*

Igualmente, en un asunto similar (T-554/97), esta Corporación sostuvo la improcedencia de la tutela para ordenar el pago de sumas de dinero provenientes de prestaciones causadas en desarrollo de una relación laboral. Al respecto, expresó:

> *"En lo que concierne al campo laboral, según esas mismas directrices, la existencia de acciones y procesos ordinarios estimados aptos para resolver conflictos económicos derivados del vínculo de trabajo descarta en principio la viabilidad de la acción de tutela en cuanto a la definición de los derechos laborales de índole legal y también en lo relativo a la obtención de órdenes judiciales sobre la cuantía de salarios, prestaciones e indemnizaciones, así como en punto del pago de dineros por tales conceptos.*
>
> *Debe advertirse, sin embargo, que la doctrina expuesta no es en modo alguno absoluta, pues la improcedencia de la tutela por la existencia de otro medio judicial admite, al tenor de la Constitución, la excepción del amparo transitorio encaminado a evitar que se produzca un perjuicio irremediable para los derechos fundamentales amenazados, y las extraordinarias posibilidades de su viabilidad, inclusive con efectos definitivos, cuando, para el objetivo concreto de protegerlos inmediata y efectivamente, el medio judicial ordinario es apenas formal y teórico, considerada la situación específica del peticionario, tornándose en instrumento carente de la idoneidad necesaria para el fin buscado.*
>
> *Es por ello que el artículo 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991, a cuyo tenor la acción de tutela no procede cuando existan otros recursos o medios judiciales de defensa, declara expresamente que "la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante".*
>
> ...

En el tema que ahora ocupa la atención de la Corte, es decir el relativo a la viabilidad de la acción de tutela para conseguir la cancelación de acreencias de origen laboral, los principios enunciados -la regla general de improcedencia de la acción y su extraordinaria aplicación cuando el medio judicial ordinario carece de idoneidad frente a la protección efectiva de los derechos fundamentales- han sido reiterados por la jurisprudencia al expresar:

"En el campo laboral, aunque está de por medio el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y existen motivos para que en casos excepcionales pueda la acción de tutela ser un instrumento con mayor aptitud para salvaguardar aquél y otros derechos fundamentales, tiene lugar la regla general expuesta, ya que las controversias originadas en una relación de trabajo, bien por vinculación mediante contrato o por nexo legal y reglamentario con entidades públicas, tienen suficientes mecanismos de control, defensa y resolución en los procesos ordinarios, ampliamente desarrollados de tiempo atrás en nuestro sistema jurídico.

La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en sostener que la liquidación y pago de obligaciones laborales escapa al ámbito propio de la acción de tutela, y si bien es cierto ha admitido su procedencia en algunos casos, ellos han sido excepcionales y primordialmente sustentados en la falta de idoneidad del medio ordinario, en los términos que se dejan expuestos, relativos siempre de manera específica y directa a las circunstancias en las que se encuentra el actor, lo cual excluye de plano que pueda concederse el amparo judicial para los indicados fines, masiva e indiscriminadamente". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-01 del 21 de enero de 1997).

La Corte Constitucional, dentro del marco de la doctrina expuesta, ha admitido que, en circunstancias excepcionales, siempre relativas a los hechos que ofrece el material probatorio en el caso concreto, es posible la prosperidad de la tutela para el pago de salarios atrasados, con miras a la protección del mínimo vital del trabajador.

...

También ha aceptado la Corte que se utilice la acción de tutela como mecanismo efectivo para obtener el pago de cesantías parciales solicitadas por los trabajadores y demoradas por la administración como forma de presionarlos para que se afilien a determinado régimen prestacional y rompiendo el principio de igualdad respecto de trabajadores en idénticas circunstancias, ellos sí favorecidos por el pago inmediato (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996 y Sala Plena. Sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997).

Igualmente, la ineficacia del medio judicial ordinario ha permitido la procedencia y prosperidad de la acción de tutela para proteger los derechos a la igualdad y a la libre asociación sindical (Sentencias SU-342 del 2 de agosto de 1995 y T-330 del 15 de julio de 1997) y obtener la nivelación salarial para trabajadores discriminados frente a otros que tienen su mismo nivel e iguales funciones y responsabilidades (Sentencias T-276 del 3 de junio de 1997 y SU-519 del 15 de octubre de 1997 y SU-547 del 30 de octubre de 1997, entre otras).

De la misma manera, el carácter apenas formal del medio judicial ordinario, apreciado a la luz de las circunstancias concretas de los afectados, ha llevado a la Corte a conceder la protección mediante tutela de las personas pertenecientes a la tercera edad cuyo mínimo vital se encuentra comprometido en virtud del incumplimiento de obligaciones laborales a cargo del patrono (...).

...

También el estado de absoluta imposibilidad del solicitante para ejercer su derecho de defensa y la plenitud de las acciones que podría intentar ante la justicia ordinaria con miras al reconocimiento de derechos laborales que le son negados por el patrono y que afectan su mínimo vital ha sido factor determinante en casos concretos para admitir como indicada la acción de tutela en lo relativo al pago inmediato de sumas debidas por concepto de relaciones laborales (...).

Ahora bien, los supuestos sobre los cuales descansa esa extraordinaria procedibilidad de la tutela pese a la existencia, al menos formal, de otros medios judiciales de defensa, son los de una clara y probada vulneración o amenaza de derechos fundamentales y la inefectividad o inutilidad del medio ordinario para protegerlos materialmente dadas las circunstancias del solicitante.

Por tanto, es necesaria la evaluación de cada caso en concreto, lo que exige del juez de tutela una verificación directa de la situación puesta a su conocimiento y la consideración y ponderación del material probatorio aportado por el solicitante, por la entidad o persona demandada y por su propia decisión oficiosa, con el objeto de resolver fundadamente sobre la viabilidad o improcedencia de la protección que de él se impetra.

En el presente caso, pese a la evidente negligencia de la Caja de Previsión Social del Cauca en cuanto al trámite y pago de las obligaciones laborales, no sólo con el actor sino respecto de otros trabajadores y extrabajadores, a tal punto que ella misma alega en su defensa la existencia de numerosos embargos por dicho motivo, lo cierto es que del ***material probatorio aportado al proceso de tutela no se desprende ningún factor objetivo que demuestre circunstancias extraordinarias y apremiantes que ameriten la prevalencia del amparo constitucional sobre la vía procesal ordinaria encaminada a obtener el pago de las cantidades de dinero que por concepto de cesantía definitiva adeuda la entidad pública al accionante.***

Y ***no es que la Corte Constitucional desconozca que la ineficiencia administrativa de la Caja ha repercutido en una violación de los derechos de carácter económico del peticionario, lo cual resulta innegable dado el transcurso del tiempo desde el momento en el cual se le reconoció la prestación. Ocurre, sin embargo, que ningún derecho fundamental se muestra aquí como afectado ni en peligro, por lo cual el interés del actor tiene efectiva defensa ante los estrados de la justicia ordinaria****.*

Desde luego, la Corte reitera que las cesantías pertenecen a los trabajadores y que las entidades públicas o privadas obligadas a su pago se apartan de los principios que gobiernan las relaciones de trabajo y perjudican en forma grave a sus servidores cuando incurren en mora injustificada, como la que en el caso presente puede apreciarse."" (negrillas y subrayas fuera de texto).

Del análisis del caso objeto de revisión, y con fundamento en la jurisprudencia transcrita, se observa que en el presente asunto no aparecen acreditados los factores objetivos de carácter extraordinario que hagan procedente la utilización de la acción de tutela sobre las vías procesales ordinarias encaminadas a obtener el pago de cantidades de dinero reconocidas en favor del peticionario. Lo contrario desvirtuaría el criterio según el cual, la liquidación y pago de obligaciones laborales escapan al ámbito propio de la acción de tutela.

Además, según las pruebas y demás documentos que obran dentro del expediente, el demandante no demostró que se encuentra en una situación de perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio (artículos 86 C.P. y 6o. del Decreto 2591 de 1991), pues no se aportaron los elementos probatorios que configuren en cabeza de este, la inminencia, la urgencia, la impostergabilidad y la gravedad respecto de sus derechos fundamentales.

A juicio de la Sala, es evidente la negligencia en el presente asunto, del Fondo Territorial de Pensiones y División de Cesantías del Departamento de Córdoba en cuanto al pago oportuno de las obligaciones laborales a que tiene derecho el actor, reconocidas como aparece acreditado a folio 27 del expediente, pues como lo señaló expresamente en el oficio de diciembre 2 de 1997 dirigido al peticionario, "sus cesantías se encuentran legalizadas y en lista de espera para ser efectivo su pago. **Estas no se han cancelado por falta de presupuesto. Una vez se supere este impasse se le cancelarán sus cesantías a las cuales tiene derecho**". Y ya la Corte ha señalado que dicha circunstancia no puede anteponerse al cumplimiento de la obligación a fin de que se adopten las medidas encaminadas a hacer efectivo en tiempo razonable, el derecho del beneficiario.

En tal virtud, a pesar de la existencia del retraso y de la dilación por parte de la accionada, para el pago de la cesantía definitiva del actor, este disponía de otros medios de defensa judicial encaminados a la protección de sus derechos, pues no quedó acreditado el perjuicio irremediable que hiciera urgente e impostergable la protección excepcional por vía de la tutela, razón por la cual esta vía no era la procedente.

Empero, teniendo en cuenta que, según oficio que obra en el proceso de tutela, la orden impartida por el juez de instancia en el sentido de conceder el amparo de los derechos del señor Torres Bru al trabajo y al pago oportuno de sus prestaciones sociales fue cumplida y se ordenó hacer efectivo el pago de las cesantías definitivas a que legítimamente tiene derecho el actor (como así lo reconoció expresamente la entidad accionada) (ver folio 39 del expediente), el haber recibido los dineros adeudados, de buena fe, estima la Sala que no hay lugar a revocar el fallo materia de revisión, debido a que se encuentran satisfechas las pretensiones de la demanda. En tal virtud, se confirmará la sentencia mencionada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Montería el 11 de febrero de 1998, en relación con la tutela formulada por el señor Julio Carlos Torres Bru.

Segundo. LIBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-206
mayo 14 de 1998

PENSION DE JUBILACION-Improcedencia de tutela para definir entidad responsable del reconocimiento

La Corte Constitucional no puede entrar a definir a cuál entidad le corresponde asumir la responsabilidad y menos todavía imponer el reconocimiento de la pensión y a ordenar su pago inmediato, ya que, fuera de carecer de competencia, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para adoptar una decisión semejante. Mediante la acción de tutela es posible lograr que el juez imparta una orden para que la autoridad renuente o morosa resuelva; sin embargo, el sentido de la decisión atañe a la respectiva autoridad que, debiendo entrar al fondo de lo solicitado, se encuentra obligada a generar la respuesta pertinente.

DERECHO DE PETICION-Pronta resolución

Referencia: Expediente T-152821.

Acción de tutela instaurada por María Elena Martínez Romero.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los catorce (14) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se revisan los fallos de tutela proferidos en el asunto de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES Y FALLOS QUE SE REVISAN.

Los hechos de la demanda, se resumen así:

La demandante presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión, argumentando violación de sus derechos fundamentales (no precisa cuáles) por cuanto las entidades accionadas no han asumido la competencia para reconocerle su pensión de jubilación. Cuenta la actora, que desde el 31 de julio de 1995 radicó toda la documentación necesaria para tramitar su pensión ante la Caja Nacional de Previsión. No obstante lo anterior, elevó un derecho de petición el 8 de mayo de 1996 renovado el 13 del mismo mes sin obtener respuesta alguna.

Dos años después, la Caja de Previsión remite el expediente al ISS y éste a su vez lo devolvió a la primera, sin que hasta la fecha ninguna de las dos entidades se haya declarado competente para reconocer su pensión de jubilación. Afirma la actora que durante tres años

su pensión ha sido sometida a un vergonzoso juego entre las dos entidades, pisoteando sus derechos fundamentales mientras se deteriora su precaria salud. Solicita, en consecuencia que se le exija al ISS el reconocimiento de la pensión por ser el competente para ello, y que sean tenidos en cuenta todos los documentos que se anexaron para el reconocimiento de la prestación solicitada.

Las instancias negaron el amparo solicitado, argumentando que las situaciones de indefinición de competencias están gobernadas por lo dispuesto en el artículo 88 del código contencioso administrativo, por lo que la demandante cuenta con otro medio judicial de defensa.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A.. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de acuerdo con lo previsto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y según las reglas del Decreto 2591 de 1991.

B. Improcedencia de la tutela para definir la entidad responsable de reconocer una pensión de jubilación.

En el presente caso, discute la accionante, a qué entidad le corresponde el pago de su pensión de jubilación, puesto que la solicitud elevada a las autoridades supuestamente llamadas a responderla no ha sido atendida en 3 años.

A este respecto, es preciso recordar que la Corte Constitucional no puede entrar a definir a cuál entidad le corresponde asumir la responsabilidad y menos todavía imponer el reconocimiento de la pensión y a ordenar su pago inmediato, ya que, fuera de carecer de competencia, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para adoptar una decisión semejante. Mediante la acción de tutela es posible lograr que el juez imparta una orden para que la autoridad renuente o morosa resuelva; sin embargo, el sentido de la decisión atañe a la respectiva autoridad que, debiendo entrar al fondo de lo solicitado, se encuentra obligada a generar la respuesta pertinente (Cfr. T-131 y T-169 de 1996).

C. Violación del derecho de petición.

Ahora bien, lo que sí se advierte en el presente caso, es una flagrante violación al derecho de petición de la accionante, quien ha visto durante 3 años, cómo su solicitud de pensión de jubilación, transita de oficina en oficina sin que se le resuelva eficazmente en algún sentido.

En sentencia T-165 de 1997, la Corte Constitucional se refirió a aquellos eventos en los cuales las instituciones de salud, especialmente, burlan el acceso de los ciudadanos a la administración sometiéndolos a dilatadas indefiniciones de los derechos que ameritan atención.

Así lo expresó en sentencia T-165 de 1997:

> *"... además de la manifiesta y reiterada tendencia de muchos servidores públicos y de no pocas instituciones privadas a no tramitar oportunamente las peticiones que se les formulan, en abierta transgresión del artículo 23 de la Carta Política, es protuberante el deseo que algunos empleados demuestran, en el sentido de obstruir el efectivo acceso de las personas a los servicios públicos -inclusive los apremiantes e indispensables de la salud y la seguridad social-, lo cual se manifiesta en el establecimiento administrativo de complicados trámites, requisitos y procedimientos no consagrados en la ley, que provocan, en muchos*

eventos, la capitulación del administrado por simple agotamiento físico o mental, con evidente sacrificio de sus derechos y expectativas.

"Se ve con frecuencia cómo las solicitudes formuladas respetuosamente, en interés general o particular, pasan de mano en mano -y así se van diluyendo también las responsabilidades-, sin que exista coordinación alguna entre los diferentes funcionarios que conocieron de ellas ni la más mínima conciencia institucional en torno a la situación de la persona que espera del Estado, o de los entes particulares autorizados por éste, respuestas precisas a sus inquietudes. *(Negrilla fuera del texto).*

"La Corte Constitucional se ha referido a esta clase de actitudes, contrarias al espíritu y a la letra de la Constitución, en los siguientes términos:

"...el artículo 209 de la Constitución declara que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad, entre otros, a la vez que el 84 ***Ibídem*** *prohíbe a las autoridades públicas establecer y exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para el ejercicio de los derechos o actividades que han sido reglamentados de manera general.*

Lo anterior, unido a los principios de la buena fe y la prevalencia del derecho sustancial, que informan la totalidad de los preceptos consagrados en la Constitución de 1991, hace aconsejable y aún necesario, que las ramas del poder público y los servidores del Estado ajusten sus decisiones y actos a los nuevos criterios constitucionales y procedan a eliminar los papeleos, trámites y obstáculos tan arraigados en el habitual comportamiento de nuestras oficinas públicas, que hoy, si transgreden los enunciados preceptos, van en contravía del ordenamiento superior y que generan con frecuencia la nugatoriedad de los derechos fundamentales y aun el cumplimiento de los deberes que corresponden a los gobernados". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-012 de 1992).

En el presente caso, resulta verdaderamente inaceptable la prolongación en el tiempo para decidir una cuestión como la planteada por la demandante, sin que se hubiese resuelto una petición que lleva implícita derechos fundamentales como el de la seguridad social y el derecho al pago oportuno de la pensión. La dilación injustificada, la ausencia de un pronunciamiento concreto y la falta de diligencia y cuidado en la tramitación de la solicitud elevada a las autoridades de salud, vulneran ostensiblemente el derecho fundamental de petición de la señora María Elena Martínez Romero[1]

Por ello la Caja Nacional de Previsión deberá contestar en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo, cuál es exactamente la situación de las peticiones elevadas por la actora respecto de su pensión de jubilación, y quien tiene realmente la competencia para reconocer la pensión.

Igualmente, la Sala considera indispensable conminar al Instituto de Seguros Sociales para que revise la documentación presentada por la actora, María Elena Martínez Romero, persona de la tercera edad que merece la especial protección del Estado y en el lapso de 4 días decida definitivamente sobre la competencia para reconocer la prestación solicitada.

---

[1] Sobre este tema se pueden consultar entre otras, las siguientes sentencias: T-279/94, T-161/96, T-211/96, T-293/96, T-456/96 y T-520/96.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR los fallos proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá del 29 de octubre de 1997 y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 3 de diciembre del mismo año.

Segundo. CONCEDER la tutela del derecho de petición y en consecuencia, ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, resuelva definitivamente las peticiones elevadas por la señora María Elena Martínez Romero, y responda de manera clara y definitiva sobre quién tiene la competencia para reconocer su pensión de jubilación.

Tercero. CONMINAR al Instituto de los Seguros Sociales, para que revise la documentación presentada por la actora y en el término de cuatro (4) días, contados a partir de la notificación de este fallo, decida definitivamente sobre la competencia para reconocer la pensión de jubilación de la señora María Elena Martínez Romero.

Cuarto. ORDENAR a ambas Instituciones que hagan saber de sus decisiones a la demandante.

Quinto. Líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los fines allí contemplados.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-207
mayo 14 de 1998

REGLAMENTO EDUCATIVO-Cumplimiento y límites

Los reglamentos de los planteles educativos, constituyen la base fundamental orientadora de la filosofía de un Colegio, sin los cuales no sería posible mantener un nivel de disciplina y de excelencia cuando se trata de las cláusulas referidas a los diferentes programas de estudio que cada colegio adopta. Ha determinado esta Corporación que los reglamentos o manuales de convivencia no pueden convertirse en herramientas dominantes y autoritarias que se amparen en su capacidad regulativa para incluir preceptos que vulneren los derechos constitucionales de menores, que pueden al tiempo que verse privados de los beneficios de la educación, sentir amenazada y quizás distorsionada su libertad de autodeterminarse.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Corte de cabello/
DERECHO A LA EDUCACION-Corte de cabello

Referencia: Expediente T-153011.

Acción de tutela instaurada Julián Alfredo Borbón Torres contra el Colegio Departamental Nacionalizado de Ricaurte.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C. a los catorce (14) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Procede la Sala a revisar los fallos proferidos por los Juzgados Promiscuo Municipal de Ricaurte- Cundinamarca y Primero Civil del Circuito de Girardot, en el asunto de la referencia.

I. HECHOS DE LA DEMANDA

El joven Julián Alfredo Borbón, presentó demanda de tutela por considerar que las directivas del Colegio Departamental Nacionalizado de Ricaurte -Cundinamarca- han violado su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en virtud de la exigencia de ese plantel para que se corte el cabello. La demanda fue adicionada por el estudiante, señalando que las directivas no le permitían entrar a clases hasta tanto no cumpliera con las normas del manual de convivencia, las cuales disponían la medida anotada. Solicitó en dicha ampliación la medida provisional correspondiente para que se le permitiera el acceso a las clases. El juzgado de conocimiento accedió a la medida provisional, y ordenó a los rectores y coordinadores del plantel la suspensión inmediata de la aplicación del acto que prohibía el ingreso del alumno a las clases ordinarias.

En escrito que obra a folio 19 del expediente, se constata que las directivas dieron cumplimiento a la medida y responden que "dicho estudiante ya fue incorporado a clases", en cumplimiento de la orden emitida por el juez.

II. DECISIONES JUDICIALES

En sentencia de 22 de octubre de 1997, el Juzgado Promiscuo Municipal de Ricaurte, concedió el amparo solicitado por considerar que se estaba frente a la vulneración de los derechos fundamentales de educación y libre desarrollo de la personalidad.

Así razonó el juzgador de primera instancia refiriéndose al contenido de las disposiciones que se consagran en los manuales de convivencia:

"Según los testimonios recepcionados, en virtud del uso del cabello largo, los estudiantes han sido objeto de burlas dentro de la comunidad educativa, actitud esta censurable desde todo punto de vista, pues atenta contra la dignidad humana, contra el respeto que cada individuo merece dentro de la comunidad, y más dentro de la educativa, donde por excelencia se contribuye a la formación del ser".

Así la sentencia del *a quo*, protege los derechos a la educación, libre desarrollo de la personalidad y ordena a los demandados abstenerse de dar aplicación a las normas del manual de convivencia que señalan a los estudiantes la adopción de un corte de cabello determinado y las sanciones que su incumplimiento acarrea.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot, al pronunciarse en segunda instancia mediante la providencia del 28 de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) revocó la sentencia de primera instancia, señalando inicialmente que tanto la Carta Política como la Ley General de Educación y los Manuales de Convivencia fijan las reglas mínimas de disciplina a las cuales deben someterse quienes conociéndolas con antelación, las aceptaron libremente al firmar el respectivo compromiso de vinculación a un determinado plantel. No se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad con una disposición de conducta que por vía general, consagrada en el manual de convivencia, el colegio señala y los educandos no pueden ignorar.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia

Esta Corte es competente, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar los aludidos fallos de tutela.

B. Los Manuales de Convivencia y la posible vulneración a derechos constitucionales.

Según la doctrina sentada por esta Corporación el derecho a la educación "ofrece un doble aspecto", es decir, no solo confiere prerrogativas en favor del estudiante, sino que además debe éste cumplir los deberes y obligaciones que señala el Manual de Convivencia. (Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-002, T-493 de 1992; T-314 de 1994 y 043 de 1997 entre otras). Así pues, los reglamentos de los planteles educativos, constituyen la base fundamental orientadora de la filosofía de un Colegio, sin los cuales no sería posible mantener un nivel de disciplina y de excelencia cuando se trata de las cláusulas referidas a los diferentes programas de estudio que cada colegio adopta.

En relación con los manuales de convivencia, la Corte Constitucional, en sentencia T-386 de 1994, con ponencia del Magistrado: Dr. Antonio Barrera Carbonell, ha señalado lo siguiente:

> *"La Ley General de Educación (115 de 1994) autorizó a los establecimientos educativos para expedir un "reglamento o manual de convivencia", "en el cual se definan los derechos y obligaciones de los estudiantes" y estableció, además, la presunción de que "los padres o tutores y los educandos al firmar la matrícula*

correspondiente en representación de sus hijos, estarán aceptando el mismo" (artículo 87). De igual modo, la ley estableció que "el reglamento interno de la institución educativa establecerá las condiciones de permanencia del alumno en el plantel y el procedimiento en caso de exclusión"

"Para la Corte es claro entonces, que la ley asignó a los establecimientos educativos, públicos y privados, un poder de reglamentación dentro del marco de su actividad. Los reglamentos generales de convivencia, como es de la esencia de los actos reglamentarios, obligan a la entidad que los ha expedido y a sus destinatarios, esto es, a quienes se les aplican, porque su fuerza jurídica vinculante deviene en forma inmediata de la propia ley y mediata de la Constitución Política.

"En efecto, el aludido poder reglamentario que implementa el legislador tiene su soporte en la Constitución Política, la cual caracteriza la educación como un servicio público (artículo 67), cuya prestación puede estar no sólo a cargo del Estado sino de los particulares, y la somete "al régimen jurídico que fije la ley" (artículo 365). De esta circunstancia particular resulta que las decisiones reglamentarias de alcance general adoptadas por la administración de un organismo educativo privado, tienen, en principio, un poder vinculante similar al de los reglamentos administrativos expedidos por una entidad pública, en cuanto están destinados a regular la vida estudiantil en lo relativo a los derechos y prerrogativas derivados de su condición de usuarios o beneficiarios de la educación, e igualmente en lo atinente a las responsabilidades que dicha condición les impone. De la relación armónica entre derechos y deberes de los educandos y educadores y la responsabilidad que se puede exigir a unos y a otros, se logra el objetivo final cual es la convivencia creativa en el medio educativo".

Con todo, también ha determinado esta Corporación que los reglamentos o manuales de convivencia no pueden convertirse en herramientas dominantes y autoritarias que se amparen en su capacidad regulativa para incluir preceptos que vulneren los derechos constitucionales de menores, que pueden al tiempo que verse privados de los beneficios de la educación, sentir amenazada y quizás distorsionada su libertad de autodeterminarse.

Ha dicho así la Corporación:

"... los reglamentos de las instituciones educativas no podrán contener elementos, normas o principios que estén en contravía de la Constitución vigente como tampoco favorecer o permitir prácticas entre educadores y educandos que se aparten de la consideración y el respeto 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 práxis general. Por tanto, en la relación educativa que se establece entre los diversos sujetos, no podrá favorecerse la presencia de prácticas discriminatorias, los tratos humillantes, las sanciones que no consulten un propósito objetivamente educativo sino el mero capricho y la arbitrariedad." (Sentencia T-065 de 1993. M. P. Dr. Ciro Angarita Barón).

En el caso que nos ocupa, si bien la forma como está redactada la disposición 6° del artículo 26 del reglamento del Colegio Departamental Nacionalizado de Ricaurte (Cund.), hace ver que se trataba de un compromiso de conducta y disciplina al que se obligaron tanto estudiantes como educadores, es la manera como la entidad educativa ha intentado hacerla eficaz en lo que esta Sala considera menester reparar y de allí prevenir a través de la concesión

de esta tutela. Ello por cuanto la jurisprudencia, cuidadosa de los derechos constitucionales que pueden afectarse y amenazarse con situaciones como la analizada, ha dejado claro, que la misión educativa no se agota en su dimensión propiamente académica sino que trasciende en este caso a un plano de "pedagogía en la presentación personal" que se traduce en este preciso evento, en las maneras de hacer aplicar las normas de los reglamentos que apuntan a esa disciplina en la estética del alumnado. "Si una institución considera que sus alumnos deben llevar sus cabellos a una longitud determinada, los instrumentos más adecuados para lograr este propósito son naturalmente los propios de la educación, así sus resultados sean más lentos y en ocasiones casi nulos. El verdadero educador no puede renunciar al uso de ellos sin desvirtuar el nobilísimo sentido de su misión".(*ibidem*, M. P. Ciro Angarita Barón, y T- 476 de 1995, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz).

Pero en aras del propósito educativo a todos los niveles, y bajo el manto de procesos disciplinarios no puede acudirse a llamados de atención humillantes y de burla que lesionen o amenacen los derechos constitucionales de un adolescente, pues son maneras claras de mal educar y distorsionar una personalidad que precisamente en la adolescencia se está logrando afirmar. (Cfr. T-248 de 1996, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía).

Por ello, se confirmará la sentencia de primera instancia, con el fin de prevenir a las directivas para que cesen en su proceder si ya no lo hubieren hecho, o eviten en lo sucesivo incurrir en conductas lesivas del libre desarrollo de la personalidad y la educación, concretado en la prohibición de entrar a clases en razón a la renuencia del corte de cabello del estudiante Julián Alfredo Borbón. A este respecto, también la Corte ha dicho que "la presentación personal no puede convertirse en un fin *per se* que haya de perseguirse con todos los instrumentos del autoritarismo hasta el punto que aquellos renuentes a aceptarlo, como ocurre en el presente caso con la pauta concerniente a la longitud de los cabellos, autorice su marginamiento de los beneficios de la educación y, de consiguiente del mismo derecho constitucional fundamental del alumno". (T-476 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz).

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. REVOCASE **la sentencia de segunda instancia y en su lugar** CONFIRMASE el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ricaurte (Cund.).En consecuencia, CONCEDER la tutela reclamada en los términos de esta sentencia, y PREVENIR a las Directivas del Colegio Departamental Nacionalizado de Ricaurte- para que en el futuro se abstenga de incurrir en las acciones que dieron mérito a esta acción y se evite la vulneración de los derechos constitucionales a la educación y al libre desarrollo de la personalidad.

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

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-208
mayo 14 de 1998

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Alcance

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Traslado de docente enfermo/**DERECHO A LA SALUD**-Traslado de docente enfermo

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Trato diferencial positivo

Referencia: Expediente T-153535.

Peticionario: Nei Vicente Caicedo Solarte.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D. C., a los catorce (14) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Octava de Revisión de tutela, integrada por los H. Magistrados Carmenza Isaza de Gómez, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre el proceso de tutela instaurado por **Nei Vicente Caicedo** contra el Alcalde Municipal de Guaitarilla y el Secretario de Educación del Departamento de Nariño.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos y pretensiones.

Los hechos que dieron pie para iniciar la presente tutela se pueden condensar en los siguientes puntos:

1. Informa el peticionario que es maestro nacionalizado en el Departamento de Nariño, desde 1989, desempeñándose desde ese momento y hasta la fecha como profesor y Director de la Escuela Rural Mixta de San Francisco Bajo del Municipio de Guaitarilla.

2. Manifiesta que su trabajo lo desempeña en la zona rural, por lo que diariamente tiene que desplazarse desde su residencia en motocicleta o a pie, por una carretera completamente destapada y en mal estado, circunstancia que ha afectado gravemente su salud, ya que desde abril de 1997, y a raíz de algunas dolencias físicas fue sometido a una resonancia magnética que determinó la presencia de una "HERNIA DISCAL, EXTRUIDA L5-S1, CENTRAL Y PARAMEDIANA DERECHA. HERNIA DE DISCO L4-L5, CENTRAL Y PARAMEDIANA DERECHA", dando origen a una licencia por enfermedad e incapacidad médica por un mes, la cual se ha tenido que prolongar, toda vez, que su estado de salud es cada día más crítico.

3. El Dr. Luis Felipe Castro, médico especializado en el área de neurología contando con el aval de la Dirección Médica de la Clínica San Juan de Pasto, conceptuó que el actor "requiere traslado a esta ciudad, para evitar su movilización traumática hacia el área donde trabaja y para facilitar control neurológico"; por su parte el Dr. Javier Matta Ibarra, ortopedista y traumatólogo, señaló: "Tiene pendiente cirugía en 15 días, se recomienda reubicación laboral ya que por su patología, los desplazamientos en carretera destapada no son convenientes"; finalmente, el médico fisiatra Hugo García Laverde, después de hacer una descripción de la enfermedad del peticionario recomendó "... lo cual lo inhabilita para transportarse por terreno destapado, manejar moto y actividades que impliquen flexoextensión permanente de columna (sic) y/o levantar objetos pesados" y concluye "Se recomienda por lo tanto su traslado laboral a sitio que tenga atención oportuna por especialistas (neurólogo y/o ortopedista y/o fisiatra) y no estar expuesto a los riesgos antes anotados".

Por último, el actor manifiesta que ha elevado peticiones respetuosas solicitando su traslado al alcalde del municipio y al Secretario de Educación del Departamento de Nariño, encontrando al respecto respuesta negativa; por tal motivo requiere la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, la salud, la integridad personal y la seguridad social, solicitando su traslado al municipio de Pasto.

2. **DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN**

Conoció en primera instancia el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia del 27 de octubre de 1997, el cual rechazó la tutela al considerar que la situación planteada no puede resolverse dando una orden, pues esa situación es mucho más compleja y amerita que si el docente afirma que se le han vulnerado los derechos reglamentados en el Estatuto Educativo y demás normas complementarias, puede demandar los actos administrativos emanados de la Alcaldía y de la Secretaría de Educación del Departamento, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pertinente.

Impugnada la decisión, conoció en segunda instancia la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el cual mediante sentencia proferida el 3 de diciembre de 1997, confirmó el fallo del *a quo* con similares argumentos. Señaló además la Corporación, que no está demostrado el nexo causal entre la enfermedad que aqueja al peticionario y las condiciones en que actualmente presta sus servicios como docente, no determinándose por lo tanto, que tales condiciones sean la causa de una lesión a sus derechos fundamentales a la seguridad social y al trabajo en conexión con el derecho a la vida, tal como lo manifiesta el demandante.

II. COMPETENCIA DE LA SALA

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar el fallo de la referencia. Su examen se hace en virtud de la selección que de la sentencia de tutela practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se efectuó de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política... "esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable", al respecto, esta Corporación en reiteradas oportunidades ha señalado que la falta de idoneidad del medio ordinario para la protección del derecho fundamental conculcado, da lugar a la

viabilidad de la acción de tutela para la protección efectiva de los mismos, de igual forma no es necesario acudir a la figura del perjuicio irremediable, cuando, como en este caso el medio judicial ordinario para la protección del derecho no es tan eficaz.

Así lo señaló esta Corporación en sentencia T- 351 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz. Dicha providencia señaló:

> *"En efecto, el artículo 86 de la Constitución Política, dispone que la acción de tutela es improcedente si el afectado dispone de otro medio de defensa judicial, salvo el caso de un perjuicio irremediable; no obstante, también ha sido reiterada la doctrina constitucional según la cual el medio judicial alternativo cuya existencia hace improcedente la tutela, debe ser idóneo y eficaz para el específico fin de obtener la cierta y concreta protección de los derechos fundamentales afectados o amenazados".*

Por lo expuesto anteriormente, esta Sala no comparte los argumentos plasmados por los jueces de instancia, al negar la tutela ante la existencia de otro medio de defensa judicial, sin atender las especiales circunstancias en que se encuentra el docente debido a su estado delicado de salud.

De otra parte, hay que reiterar la doctrina vertida por la Corporación, en relación con el derecho constitucional que tiene toda persona a trabajar en condiciones dignas y justas, teniendo en cuenta además el carácter relativo del *jus variandi.*

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T- 483 de 1993, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, señaló:

> *"Se protege el trabajo como derecho fundamental en todas sus modalidades y se asegura el derecho de toda persona a desempeñarlo en condiciones dignas y justas (Art. 25 C.N.).*
>
> *"No se trata tan solo de que se defienda institucionalmente la posibilidad y la obligación de alcanzar una ubicación laboral y de permanecer en ella, sino de un concepto cualificado por la Constitución que se relaciona con las características de la vinculación laboral y con el desempeño de la tarea que a la persona se confía en lo referente al modo, tiempo y lugar en que ella se cumple, todo lo cual tiene que corresponder a la dignidad del ser humano y realizar en el caso concreto el concepto de justicia.*
>
> *"De acuerdo con la Constitución Política de 1991, la relación laboral no puede ser -jamás ha debido serlo- aquella que se genera entre quien busca un objetivo y uno de los medios que utiliza para lograrlo.*
>
> *"El patrono -oficial o privado- no puede hoy tomar al trabajador como mero factor de producción, lo que sería humillante e implicaría una concepción inconstitucional consistente en la pura explotación de la persona. Entonces, no lo puede tratar como a una máquina pues, a diferencia de ésta, merece la consideración y el respeto que demandan su naturaleza y sus necesidades como ser humano. Tampoco como ficha o número del que se pueda disponer a voluntad. Debe comprender, asimismo, que de la persona del trabajador dependen otras y que cada acto que lo involucra, en bien o en mal, repercute necesariamente en su familia.*
>
> *"Esta Corte se refirió al tema en la sentencia 479 del 13 de agosto de 1992, en la cual se subrayó que la perspectiva humana en la conducción de toda política*

estatal sobre trabajo constituye elemento medular de la concepción del Estado Social de Derecho, "según el cual el Estado y las instituciones políticas y jurídicas que se fundan en su estructura tienen por objetivo y razón de ser a la persona y no a la inversa, de donde se concluye que ningún proyecto de desarrollo económico ni esquema alguno de organización social pueden constituirse lícitamente si olvidan al hombre como medida y destino final de su establecimiento".

"Tales principios son extensivos a las relaciones laborales entre particulares, quienes también están sujetos a la Constitución y obligados a realizar sus principios.

"De ello se desprende que toda medida que afecte las condiciones de trabajo, en especial si tiende a modificarlas, debe ser considerada y sometida a previo análisis sobre la base insustituible del factor humano y de las circunstancias en medio de las cuales actúa.

"Aquí debe decirse que los poderes discrecionales, con frecuencia invocados en el manejo de personal y que tienen origen en la ley, no pueden ser absolutos si se los mira desde la perspectiva constitucional. Han de ejercerse sobre una base que, de suyo, los limita: la del artículo 25 de la Constitución que garantiza unas condiciones dignas y justas por fuera de las cuales nadie está obligado a trabajar".

"(...)

"El jus variandi *no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (artículo 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente. En últimas, debe tomar en cuenta que mediante aquella no queda revestido de unas atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono.*

"Esto no implica, desde luego, la pérdida de la discrecionalidad que la ley confiere al patrono, oficial o privado, sino que representa un uso razonable de la misma, acorde con los propósitos de flexibilidad y ajuste que ella persigue".

De igual forma la Sentencia T-499 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, sostuvo:

"Una interpretación estrecha y formalista de la Constitución no tiene en cuenta la función de los derechos fundamentales como límites a las actuaciones u omisiones del Estado. El derecho a la salud (C.P. artículo 49), cuando su vulneración o amenaza compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, goza de carácter fundamental y es susceptible de ser protegido por vía de la acción de tutela.

"(...)

"Una enfermedad grave que no se contrarreste a tiempo se constituye en amenaza del derecho al trabajo hasta el grado de poder impedir su ejercicio. (...) la atención oportuna de la persona enferma en una institución asistencial puede evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo".

Sobre este tema se pueden consultar además, las sentencias T-455 de 1997 y T-516 de 1997.

En este caso, a pesar de las solicitudes presentadas por el peticionario al Alcalde Municipal de Guaitarilla y al Secretario de Educación del Departamento de Nariño, solicitando su traslado a la ciudad de Pasto, y teniendo en cuenta su lamentable estado de salud, su situación no ha sido resuelta hasta el momento, violándose de esta manera el artículo 25 de la Constitución Nacional, según el cual toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Finalmente, la Sala encuentra la necesidad de tratar nuevamente el tema de la protección por parte del estado del trabajador enfermo que requiere condiciones especiales para el cabal cumplimiento de sus funciones, en aras de proteger sus derechos fundamentales, sin entrar a vulnerar el derecho a la igualdad de los demás, teniendo en cuenta la situación concreta del trabajador.

Al respecto la sentencia T-330 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, advirtió:

"Con el trato diferencial positivo se aplica la filosofía esencial del Estado Social de Derecho que se traduce en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, para hacer que la igualdad sea real y efectiva (incisos 2° y 3° del artículo 13 de la Constitución Política).

"El principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo. También en el artículo 2° al consagrar los deberes sociales del Estado, propugna el cumplimiento de uno de los fines esenciales, cual es 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".

Sobre este tema, además podemos consultar entre otras las sentencias T-484 de 1993, T-114 de 1995, T-181 de 1996, T-023 de 1997 T-455 de 1997 y T-516 de 1997.

En el caso bajo estudio, el docente Nei Vicente Caicedo Solarte, sí ve desmejorada su salud, por los desplazamientos que debe realizar a diario al sitio en donde labora, lo cual ha sido respaldado por las diferentes certificaciones médicas que se allegaron al expediente, en especial la otorgada por el Dr. Javier Matta Ibarra, quien inclusive después de realizarle la intervención quirúrgica, considera que éste queda incapacitado definitivamente para realizar cualquier actividad o labor que demande esfuerzo físico, lo anterior significa que el actor debe ser tratado en forma diferente en relación con los demás docentes que se encuentran a su mismo nivel, teniendo en cuenta sus especiales circunstancias.

Visto lo anterior se ve la imperiosa necesidad de ofrecerle al demandante una sede de trabajo que le brinde las condiciones necesarias para la protección de su salud, evitando así

los desplazamientos de acuerdo con las recomendaciones médicas. En consecuencia, se concederá la tutela del derecho al trabajo, a la salud, y al trato preferencial por parte del Estado en relación con la solicitud de traslado, mediante orden al Alcalde Municipal de Guaitarilla, para que una vez se presente una vacante, en el casco urbano del Municipio, sea proveída para el actor o en su defecto proceda a dar la correspondiente autorización, para que el Secretario de Educación del Departamento de Nariño pueda atender la solicitud de traslado del peticionario, a un lugar que le brinde las condiciones requeridas de acuerdo a sus limitantes de salud.

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, el pasado tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), dentro de la acción de tutela de la referencia.

Segundo. CONCEDER la tutela impetrada. En consecuencia, se ordena al Alcalde Municipal de Guaitarilla (Nariño) que cuando ocurra la primera vacante en el casco urbano dé un tratamiento preferencial al docente Nei Vicente Caicedo Solarte, o en su defecto imparta la autorización respectiva para que el Secretario de Educación del Departamento de Nariño pueda atender la solicitud del actor.

Tercero: Se advierte al señor Alcalde del Municipio de Guaitarilla, que el incumplimiento de lo ordenado en esta sentencia se sancionará en la forma prevista por los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

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

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-209
mayo 14 de 1998

DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial

La Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades ha señalado que el núcleo esencial del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la constitución Nacional, contiene no solo el derecho a presentar peticiones respetuosas en interés general o particular, sino también, el derecho a obtener una pronta resolución de la misma, que resuelva de fondo el asunto puesto a su consideración, de una manera clara y precisa.

DERECHO DE PETICION-Pronta resolución

Referencia: Expediente T-153576.

Peticionaria: Graciela Herrera Exposito.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D. C., a los catorce (14) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Número 8 de Revisión de tutelas, integrada por los H. Magistrados Carmenza Isaza de Gómez, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre el proceso de tutela instaurado por Graciela Herrera Expósito contra la Caja Nacional de Previsión Social "Cajanal".

I. ANTECEDENTES

A. **HECHOS Y PRETENSIONES**

Manifiesta la peticionaria que el 30 de julio de 1997, solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social el reconocimiento y pago de una pensión de gracia, para lo cual anexo todos los documentos necesarios sin que hasta el momento haya recibido respuesta alguna al respecto, por lo que solicita se expida la Resolución y se le incluya en la nomina de pensionados.

B. **FALLO DE INSTANCIA**

El Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia proferida el 11 de diciembre de 1997, denegó la tutela argumentando que el derecho de petición de la actora no ha sido vulnerado, puesto que si bien es cierto la señora presentó su solicitud en el mes de julio de 1997, también lo es que el 8 de septiembre del mismo año, le fue entregada y notificada personalmente una comunicación, emanada de Caja Nacional de Previsión Social -Dirección Seccional Meta-, en la cual se le informa que su petición le será

resuelta dentro del término de ocho meses, contados a partir de la fecha en que se efectuó la solicitud, resultando por lo tanto improcedente la protección solicitada.

II. COMPETENCIA DE LA SALA

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar los fallos de la referencia. Su examen se hace en virtud de la selección que de las sentencias de tutela practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se efectuó de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades ha señalado que el núcleo esencial del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la constitución Nacional, contiene no solo el derecho a presentar peticiones respetuosas en interés general o particular, sino también, el derecho a obtener una pronta resolución de la misma, que resuelva de fondo el asunto puesto a su consideración, de una manera clara y precisa.

Al respecto, podemos citar la sentencia T-260 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, que señaló:

> *"Como ha sido criterio reiterado de esta Corporación, el núcleo esencial del derecho de petición radica en la resolución pronta y oportuna con respecto a la reclamación elevada a la consideración de la respectiva autoridad, pues de nada serviría dirigirse a una autoridad en particular con la esperanza de una respuesta pronta y eficaz, si ésta no resuelve a tiempo o se reserva el sentido de lo decidido. Así, para que la respuesta sea oportuna en los términos previstos en las normas constitucionales y legales, tiene que comprender y resolver el fondo de lo pedido y ser comunicada al peticionario, pues en caso contrario se incurre en vulneración del derecho constitucional fundamental de petición".*

En el caso que hoy ocupa nuestra atención, es evidente la vulneración flagrante del derecho de petición de la accionante, puesto que ella elevó su solicitud en el mes de julio de 1997, obteniendo una respuesta en el mes de septiembre del mismo año, en un formato preimpreso en el que se le indica, que su petición será resuelta en un término aproximado de ocho (8) meses contados a partir de la fecha en que se elevo la solicitud, y con sujeción al estricto orden de presentación. Lo anterior, permite deducir que el demandado no ha dado una solución de fondo a la petición del actor dentro del término legal para hacerlo, y simplemente se ha limitado a informar que resolverá posteriormente, vulnerando de esa manera el derecho fundamental antes enunciado.

Al respecto, esta Corporación ha señalado:

> *"Se tiene por establecido, con base en el texto constitucional, que la prontitud en la resolución también hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la Constitución. La respuesta dada debe además resolver el asunto planteado -siempre y cuando la autoridad ante la cual se hace la petición tenga competencia para ello y no esté previsto un procedimiento especial para resolver la cuestión, caso este último, por ejemplo, de los asuntos que deben resolver los jueces en ejercicio de la labor ordinaria de administrar justicia-, es decir, que no se admiten respuestas evasivas, o la simple afirmación de que el asunto se encuentra "en trámite", pues ello no se considera una respuesta.*

En efecto, ha de hacerse siempre un juicio lógico comparativo entre lo pedido y lo resuelto, para establecer claramente si se trata o no de una verdadera contestación..." (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-165 del 1 de abril de 1997).

> *"El peticionario no queda satisfecho cuando, siendo competente la autoridad a quien dirige su petición, ella se limita a enviar una contestación vacía de contenido, en la que finalmente, aparentando que se atiende a la persona, en realidad no se decide sobre el tema objeto de su inquietud, sea en interés público o privado, dejándola en el mismo estado de desorientación inicial". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-228 del 13 de mayo de 1997).*

Finalmente, como esta Corporación no puede establecer si la accionante cumple o no con los requisitos exigidos para obtener la pretensión solicitada, esta Sala ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, que resuelva en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de la presente sentencia, ya sea en forma negativa o positiva, la solicitud presentada por la peticionaria.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, el once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), dentro de la acción de tutela de la referencia. En su lugar CONCEDER la tutela del derecho fundamental de petición de la señora Graciela Herrera Expósito.

Segundo. ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente sentencia si aún no lo ha hecho, proceda a resolver de fondo la petición elevada por la señora Mariela Herrera Expósito.

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

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-210
mayo 14 de 1998

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para pago de acreencias laborales

REMUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL-Pago de salarios atrasados con reajuste

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago oportuno de salarios

Referencia: Expediente T-155324.

Acción de Tutela instaurada por José Jiménez Iglesias contra Alcaldía Municipal de Ciénaga, Magdalena.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se somete a revisión el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Ciénaga en el asunto de la referencia, el cual mediante auto de febrero veintitrés (23) de 1998 fue escogido por la Sala de Selección Número Dos.

I. INFORMACION PRELIMINAR

El peticionario, quien se desempeña como docente del municipio, alega que desde el mes de mayo de 1997 no recibe el pago oportuno de sus salarios y prestaciones respectivas los cuales se constituyen en la única fuente de subsistencia de él y de su familia.

II. DECISION JUDICIAL

Mediante sentencia del 29 de diciembre de 1997 el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Ciénaga - Magdalena resolvió negar la acción de tutela interpuesta respecto del pago de los salarios adeudados, en el entendido que la tutela fue creada como instrumento de naturaleza subsidiaria y que en este caso se cuenta con los medios de defensa ordinarios y los procedimientos judiciales, comoquiera que no se evidenció en manera alguna perjuicio irremediable para que el amparo solicitado prosperase.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar la sentencia antes relacionada, de conformidad con lo previsto en los artículos 86, inciso 2, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, y en el Decreto 2591 de 1991.

2. **Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el pago de obligaciones laborales - reiteración.**

Por su carácter subsidiario, ha reiterado esta Corte que la acción de tutela no procede sino de manera excepcional en tratándose del pago de acreencias surgidas con ocasión de relaciones de orden laboral. En efecto, desde la primera sentencia que en materia de amparo profirió esta Corporación y que sentó las bases del "marco jurídico de la acción de tutela" (T-001 del 3 de abril de 1992. Sala Tercera de Revisión. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo), la jurisprudencia constitucional ha entendido que:

> *"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 la protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce".*

Ello debe ser así como quiera que nuestro ordenamiento jurídico prevé instrumentos en sede ordinaria para esta clase de controversias. Dicho en otros términos, sólo con carácter estrictamente excepcional y bajo circunstancias muy particulares la Corte ha admitido la procedencia de este mecanismo.

En reciente providencia de la Sala Quinta de Revisión (Sentencia T-554 del 5 de noviembre de 1997), se reiteró el carácter excepcional de la tutela como mecanismo para obtener el pago de sumas de dinero. En aquel fallo se hizo un repaso general de la jurisprudencia en lo que concierne a la idoneidad del otro medio de defensa judicial, estudio que a su turno se encuentra tratado ampliamente en Sentencia T-001 del 21 de enero de 1997.

La primera de las decisiones mencionadas hace un estudio de los principales pronunciamientos que, en materia de viabilidad de la tutela respecto de obligaciones laborales, ha proferido esta Corporación. Allí se insiste en su improcedencia general, y se reafirma que sólo es pertinente en casos excepcionalísimos, como son el de la protección del mínimo vital del trabajador (Sentencia T-063 del 22 de febrero de 1995), el pago de cesantías parciales en el evento del quebranto de un derecho fundamental -el de la igualdad, por ejemplo-, la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario (SU-519 del 15 octubre de 1997 y SU-547 del 30 octubre de 1997), el carácter puramente formal del otro medio de defensa judicial cuando se trata de personas de la tercera edad que vean afectado su mínimo vital (Sentencia T-166 del 1 de abril de 1997), entre otros.

Así mismo, el objeto mismo del recurso de amparo condiciona su viabilidad merced a que es un instrumento concebido estrictamente para la efectiva protección de los derechos fundamentales, y no para sustituir las vías normales que nuestra legislación prevé para la solución de los conflictos ordinarios. Es así como, por ejemplo, la Corte ha ordenado el pago de salarios únicamente tratándose de situaciones excepcionales y bajo circunstancias muy especiales de debilidad manifiesta, lo contrario sería pretender suplantar las vías ordinarias que son las instancias adecuadas para ventilar este tipo de controversias.[1]

---

[1] Cfr. en otros fallos Sentencias T- 036 de 1995 M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara y T- 298 de 1996 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía

En el caso que nos ocupa se comprobó la excepcional circunstancia de estar frente a una hipótesis donde está en juego el mínimo vital -se está reclamando por vía de amparo el retraso en el pago de los salarios desde mayo de 1997- lo mismo que se evidencia un perjuicio irremediable que, como se advirtió, son dos de los eventos que ha manejado la jurisprudencia constitucional para permitir su excepcional procedencia (T-345 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Ante hipótesis análogas al caso *sub lite* esta Corte ha reiterado su constante jurisprudencia, en el sentido de tutelar en las condiciones arriba referidas, el pago periódico y oportuno de los salarios adeudados, toda vez que no es sólo un derecho del trabajo sino también una obligación correlativa del empleador, cuyo incumplimiento acarrea violación evidente del texto constitucional (Cfr. artículo 53 C.P.). En tales condiciones se reitera la sentencia T- 234 de mayo 15 de 1997 de la Sala Cuarta de Tutelas esta Corporación[2] de acuerdo con la cual:

> *"La periodicidad y oportunidad de la remuneración buscan precisamente retribuir y compensar el esfuerzo realizado por el trabajador, con el fin de procurarle los medios económicos necesarios para una vida digna y acorde con sus necesidades. Es por ello que el incumplimiento en su pago, ya sea por mora o por omisión, afectan gravemente a trabajadores como los que en este evento demandan, que solo cuentan con los ingresos que perciben de su actividad como docentes del Departamento y que deben soportar además del impacto de una economía inflacionaria y de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, el fracaso de no lograr créditos y préstamos que solventen su precaria situación, en un Departamento que padece serias crisis financieras.*
>
> *Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación que el amparo de los derechos fundamentales, como los que aquí se solicitan, es viable cuando el motivo de la violación es la negligencia u omisión de las autoridades públicas ocasionada en los eventos en que conociendo la necesidad de cumplir con los compromisos y acuerdos laborales, como el efectuado en estos casos entre la Gobernación y la Asociación de Educadores del Putumayo, la administración no paga los salarios de sus trabajadores y con ello afecta su mínimo vital, lesiona el derecho al trabajo y compromete otros como la seguridad social y la vida.*
>
> *Corresponde entonces a las entidades públicas, efectuar con la debida antelación, todas las gestiones presupuestales y de distribución de partidas que sean indispensables para garantizar a sus trabajadores el pago puntual de la nómina. Cuando la administración provee un cargo está abocada a verificar la existencia del rubro presupuestal que le permita sufragar la respectiva asignación, y de ahí que su negligencia no excuse la afectación de los derechos pertenecientes a los asalariados - docentes, sobre quienes no pesa el deber jurídico de soportarla.*
>
> *Por tanto, esta Sala de Revisión amparará la protección de los docentes afectados en el caso presente para garantizar el pago oportuno de sus salarios, pese a la existencia de otros medios de defensa, no tan eficaces como la tutela, para neutralizar los perjuicios irrogados a los trabajadores y la consiguiente violación de sus derechos fundamentales. Así ha procedido la Corte Constitucional en casos*

---

[2] En el mismo sentido Sentencias T- 426 de 1992, T- 015 de 1995, T- 437 de 1996, T- 081 de 1997, T- 527 de 1997, T- 529 de 1997.

similares en donde ha tutelado los derechos invocados en los siguientes fallos: T-167 de 1994, T-063 de 1995, T-146 de 1996, T-565 de 1996, T-641 de 1996, y T-006 de 1997.

Finalmente se recuerda, que si bien la ejecución de partidas presupuestales es en principio, ajena a los alcances de la acción de tutela, resulta procedente siempre que la causa de la vulneración de los derechos constitucionales sea la omisión de la autoridad pública que, conocedora de sus compromisos, evade el adelantamiento oportuno y eficaz de las medidas enderezadas a satisfacerlos en forma puntual".

En tales condiciones, y ante la reiterada mora en la cancelación de las sumas adeudadas, se revocará el fallo proferido por el juez de instancia.

IV. DECISION

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Sala Octava 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.- REVOCAR la sentencia de veintinueve (29) de diciembre de 1997 proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia, la cual negó la protección solicitada.

Segundo. CONCEDER la tutela interpuesta. En consecuencia, se ordena al Alcalde Municipal de Ciénaga - Magdalena la cancelación de los salarios atrasados, si todavía no se ha hecho, en un término máximo de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, con su respectivo reajuste, siempre que exista partida presupuestal disponible. En caso contrario, dentro del término señalado, procederá a iniciar los trámites pertinentes, de todo lo cual informará inmediatamente al juez de instancia.

Tercero. PREVENIR al Municipio de Ciénaga - Magdalena para que evite volver a incurrir en las omisiones ilegítimas que originaron el presente proceso, so pena de las sanciones legalmente correspondientes.

Cuarto . DAR cumplimiento a lo previsto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-211
mayo 14 de 1998

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para pago de acreencias laborales

REMUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL-Pago de salarios atrasados con reajuste

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago oportuno de salarios

Referencia: Expediente T-155330.

Acción de Tutela instaurada por Guillermo Larios Barrios contra Alcaldía Municipal de Fundación -Magdalena.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los catorce (14) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se somete a revisión el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El solicitante, docente del municipio de Fundación, interpuso tutela contra la Alcaldía de ese municipio debido al incumplimiento en el pago oportuno de sus salarios desde hace nueve meses al momento de presentar la tutela, al advertir que estos se constituyen en su fuente de ingreso para sostener a su familia.

2. Decisión de instancia

La Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta denegó el amparo solicitado mediante sentencia de quince de diciembre de 1997. En la misma se advirtió que la tutela no es un mecanismo alterno o adicional y que "en este evento el actor dispone de otro medio de defensa judicial, cual es el proceso laboral ante la jurisdicción contencioso administrativa, previo agotamiento de la vía gubernativa".

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Conforme a lo previsto por los artículos 86, inciso 2, y 241, numeral 9, de la Constitución Política esta Corte es competente para revisar el fallo de instancia proferido dentro del proceso de la referencia, y corresponde a esta Sala decidir de acuerdo con lo dispuesto por el Reglamento Interno así como por el auto adoptado por la Sala de Selección Número Dos el veintitrés (23) de febrero de 1998.

2. **Remuneración mínima vital y móvil - reiteración.**

Ha sido reiterativa esta Corporación en el sentido de negar la procedencia de la tutela para desatar controversias de orden laboral. Con todo, la jurisprudencia ha admitido con carácter excepcional la viabilidad de esta acción bajo circunstancias especialísimas. Al efecto, y ante una hipótesis análoga a la que es objeto de revisión, en sentencia T-081 del 24 de febrero de 1997 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, señaló:

> *"Entonces, si de derechos fundamentales se trata, y con mayor razón si está de por medio la digna supervivencia de las personas, que en sí misma equivale a la conservación de la vida, cabe la acción de tutela para obtener la protección al mínimo vital, en cuanto otros medios judiciales resulten ineficaces o carentes de idoneidad para ese propósito.*
>
> *"Lo anterior, consideradas las circunstancias concretas en las cuales tiene lugar la violación de los derechos fundamentales, no contradice en nada la reiterada jurisprudencia de la Corte en el sentido de que las pretensiones de carácter laboral no pueden prosperar, en principio, por el uso de la acción de tutela.*
>
> *"La Corporación, en efecto, se ha abstenido de hacer en esta materia afirmaciones absolutas, que pudieran llevar a la sustitución de los jueces y procesos legalmente establecidos tanto como al absoluto desamparo de los trabajadores en situaciones que escapan, de hecho, por sus mismas características, a la acción eficaz de los mecanismos ordinarios. Uno y otro extremo implican distorsión de la preceptiva constitucional.*
>
> *"Por una parte, debe ahora repetirse lo afirmado por esta misma Sala, en Sentencia T-01 del 21 de enero de 1997, en el sentido de que no es viable la tutela -salvo los casos excepcionales definidos por la jurisprudencia- para lograr la ejecución de obligaciones laborales en cabeza de entidades públicas o privadas, toda vez que tal cometido se alcanza merced a la operación de las correspondientes acciones en procesos ejecutivos laborales, normalmente adecuados para facilitar el acceso de los trabajadores a la administración de justicia, lo que desplaza por regla general el amparo.*
>
> *"De otro lado, ha de ratificarse lo señalado en ese mismo fallo respecto a la búsqueda de solución judicial efectiva a controversias que no tienen en el medio ordinario la respuesta idónea para garantizar el goce real y oportuno del derecho. Tal es el caso de la tutela concedida para obtener el pago del salario cuando resulta afectado el mínimo vital (Cfr. Sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-063 del 22 de febrero de 1995 y T-437 del 16 de septiembre de 1996, entre otras), particularmente si la urgencia de atender los derechos fundamentales en juego no es compatible con la normal demora de un proceso judicial ordinario".*

En el asunto que se revisa, habrá que reiterarse esta jurisprudencia comoquiera que el retraso dilatado en el pago de los salarios por parte del Municipio de Fundación no encuentra justificación, como se excusa el demandado a folio 18 del expediente, en la "crisis actual que atraviesa el municipio", pues con esta actitud se están poniendo en juego los derechos fundamentales del peticionario quien de ninguna manera debe soportar esta carga. Ha debido, pues, llevarse a cabo con la anticipación oportuna las respectivas gestiones presupuestales necesarias para cumplir puntualmente las obligaciones frente a sus trabajadores (Cfr. Sentencia T-234 de mayo 15 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En tales condiciones esta Sala de revisión, al reiterar su jurisprudencia[1], procederá a revocar el fallo de instancia ordenando en su lugar la cancelación de las sumas adeudadas, siempre que exista partida presupuestal.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto esta Sala 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. REVOCAR la sentencia de quince (15) de diciembre de 1997 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta .

Segundo. CONCEDER la tutela interpuesta. En consecuencia, se ordena al Alcalde Municipal de Fundación - Magdalena la cancelación de los salarios atrasados, si todavía no se ha hecho, en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, con su respectivo reajuste, siempre que exista partida presupuestal disponible. En caso contrario, dentro del término señalado, procederá a iniciar los trámites pertinentes, de todo lo cual informará inmediatamente al juez de instancia.

Tercero. PREVENIR al Municipio de Fundación - Magdalena para que evite volver a incurrir en las omisiones ilegítimas que originaron el presente proceso, so pena de las sanciones legalmente correspondientes.

Cuarto. LIBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

---

[1] En el mismo sentido Sentencias T-426 de 1992, T- 167 de 1994, T- 015 de 1995, T- 063 de 1995, T- 146 de 1996, T- 565 de 1996, T- 641 de 1996;T- 006 de 1997, T- 234 de 1997 , T- 527 de 1997 y T- 529 de 1997.

SENTENCIA T-212
mayo 14 de 1998

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para pago de acreencias laborales

REMUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL-Pago de salarios atrasados con reajuste

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago oportuno de salarios

Referencia: Expediente T-155331.

Acción de Tutela instaurada por Magaly Meza Cano contra Alcaldía Municipal de Fundación -Magdalena.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los catorce (14) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se somete a revisión el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El demandante promovió acción de tutela contra el Municipio de Fundación al considerar que se le han quebrantado sus derechos fundamentales previstos en los artículos 13 y 53 del texto constitucional, comoquiera no ha recibido desde hace nueve meses, a la fecha de la presentación de la demanda, sus salarios correspondientes. Manifiesta así mismo que es madre soltera con dos hijos y que no cuenta con la ayuda del padre, teniendo además a cargo a su madre y a una hermana inhábil.

II. ACTUACION PROCESAL

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta Sala Civil - Familia denegó por improcedente la acción de tutela presentada merced a la existencia de las vías judiciales específicas para la efectividad de los derechos laborales.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Conforme a lo previsto por los artículos 86, inciso 2, y 241, numeral 9, de la Constitución Política esta Corte es competente para revisar el fallo de instancia proferido dentro del proceso de la referencia, y corresponde a esta Sala decidir de acuerdo con lo dispuesto por el Reglamento Interno así como por el auto adoptado por la Sala de Selección Número Dos el veintitrés (23) de febrero de 1998.

2. **Reiteración del carácter de derecho - deber del trabajo: pago oportuno de la remuneración**

La cancelación tardía de los salarios debidos al trabajador es , como lo ha afirmado reiteradamente esta Corporación, asunto que debe ventilarse ante las instancias judiciales ordinarias. Sin embargo, esta regla lejos de tener un carácter absoluto, ha dicho la misma jurisprudencia, admite excepciones teniendo en consideración ciertas condiciones particulares, dentro de las cuales ocupa lugar destacado la puesta en riesgo de las condiciones dignas y justas de que trata el artículo 25 C.P. y la remuneración mínima vital contenida en el artículo 53 de la Carta. En efecto, la Corte en Sentencia T- 063 de 1995 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo dejó en claro que:

> *"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.*
>
> *(...)*
>
> *"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."

3. **Procedencia de la tutela a pesar de la existencia de otro medio de defensa - reiteración.**

La subsidiariedad de la tutela es sin duda una de sus notas distintivas, y de ella se deduce la improcedencia en su utilización cuando haya un medio judicial alternativo. Por ello el juez de conocimiento en el caso *sub judice* adujo esta consideración para negar el amparo propuesto, sin entrar a considerar la idoneidad del otro medio de defensa. En este punto habrá también de reiterarse la doctrina constitucional según la cual la existencia puramente teórica de otro medio judicial, carente de efectividad y concreción oportuna, no puede desplazar en manera alguna a la acción de tutela. Es así como en la sentencia en cita esta Corporación sostuvo:

"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".

De suerte que resulta procedente la acción de tutela ante la omisión del Municipio demandado en cuanto hace a la cancelación de las sumas adeudadas a los docentes a él vinculados y en consecuencia procederá esta Sala a revocar el fallo objeto de revisión, reiterando de esta manera la jurisprudencia constitucional.[1]

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto esta Sala 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. REVOCAR la sentencia de dieciocho (18) de diciembre de 1997 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

Segundo. CONCEDER la tutela interpuesta. En consecuencia, se ordena al Alcalde Municipal de Fundación - Magdalena la cancelación de los salarios atrasados, si todavía no se ha hecho, en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, con su respectivo reajuste, siempre que exista partida presupuestal disponible. En caso contrario, dentro del término señalado, procederá a iniciar los trámites pertinentes, de todo lo cual informará inmediatamente al juez de instancia.

Tercero. PREVENIR al Municipio de Fundación - Magdalena para que evite volver a incurrir en las omisiones ilegítimas que originaron el presente proceso, so pena de las sanciones legalmente correspondientes.

Cuarto. LIBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

[1] Cfr. T-426 de 1992, T-167 de 1994, T-015 de 1995, T-146 de 1996, T-437 de 1996, T-565 de 1996, T-641 de 1996, T-006 de 1997, T-081 de 1997, T-234 de 1997, T-527 de 1997, T-529 de 1997.

SENTENCIA T-213
mayo 14 de 1998

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para pago de acreencias laborales

DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR-Pago de salarios atrasados con reajuste

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago oportuno de salarios

Referencia: Expediente T-155565.

Acción de Tutela instaurada por Alfredo Jiménez Iglesias contra Alcaldía Municipal de Ciénaga -Magdalena.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz, Carmenza Isaza de Gómez y Vladimiro Naranjo Mesa, procede a revisar el proceso de tutela promovido ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga - Magdalena, por Alfredo Jiménez Iglesias, contra la Alcaldía Municipal de Ciénaga.

I. ANTECEDENTES

El actor, docente del municipio demandado desde septiembre de 1992, afirma que no le han sido cancelados los salarios correspondientes desde el mes de mayo del año anterior. Situación esta que se predica también de los demás educadores de Ciénaga merced a la crisis financiera que atraviesa este municipio. En tales condiciones interpone tutela, invocando jurisprudencia constitucional de esta Corte, argumentando que se le está conculcando su derecho a la vida y a la subsistencia propia y familiar.

II. FALLO DE INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga - Magdalena no accedió a la tutela impetrada al encontrar que el derecho invocado es de índole laboral lo que torna improcedente la acción de tutela, en virtud de la existencia de los medios judiciales ordinarios previstos por la legislación laboral.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar la sentencia antes relacionada, de conformidad con lo previsto en los artículos 86, inciso 2, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, y en el Decreto 2591 de 1991.

2. **Derecho del trabajador al pago oportuno de su remuneración - reiteración:**

A la base de ese nuevo modelo de organización institucional que significó la redefinición dada por el constituyente en el año 1991, con la inclusión dentro del texto constitucional de la noción de Estado Social de Derecho, ha dicho esta Corporación que se encuentra el trabajo (Cfr. Sentencia C 221 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero). Por ello, la suspensión unilateral por parte del patrono del cumplimiento de su obligación más importante con relación al trabajador -el salario- comporta transgresión del texto constitucional.

Si bien es cierto que esta Corporación ha sido enfática en reiterar la improcedencia de la tutela para el pago de este tipo de acreencias, no lo es menos que la misma jurisprudencia ha entendido que en supuestos especiales, como es el caso de la puesta en peligro del mínimo vital, esta regla encuentra su excepción toda vez que dicha circunstancia amenaza seriamente varios derechos fundamentales, a saber: la vida, la salud, la seguridad social y el trabajo. Así lo ha sostenido en forma insistente la doctrina constitucional, baste citar la Sentencia T- 015 de enero 23 de 1995 con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara:

> *"Aunque la Constitución no consagra la subsistencia como un derecho, éste puede colegirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social, ya que la persona requiere un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad.*
>
> *"El Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (C.P. artículo1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna. El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del territorio nacional, una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance".*

Mientras el peticionario continúa trabajando no puede el demandado aducir razones de orden financiero para incumplir sus obligaciones, pues ha debido en su momento prever que su negligencia en lo concerniente a los trámites presupuestales acarrearía cargas que no debe soportar un colectivo.

3. **Idoneidad del otro medio de defensa judicial - reiteración.**

No puede alegarse, como lo hace el juez de conocimiento, la existencia de otro medio de defensa judicial por la sola virtud de estar previsto en el propio artículo 86 CP como causal de improcedencia, sin tener en cuenta que la eficacia del otro medio de defensa judicial debe apreciarse en concreto tal y como lo dispone el Decreto 2591 de 1991. A este respecto conviene reiterar lo dicho por esta Corte en sentencia T-146/96 con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz:

> *"Tal planteamiento es completamente inaceptable para esta Sala, pues contraría la doctrina de la Corte Constitucional sobre dos asuntos relevantes en la revisión del presente proceso: a) la procedencia de la acción de tutela, y b) la forma directa, o como mecanismo transitorio, en que procede concederla.*
>
> *a) "Como lo ha sostenido esta Corporación[1], hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e*

[1] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-225 del 15 de junio de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado, ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

"Así pues, tratándose de derechos tan esenciales al ser humano como lo son la vida y la subsistencia de las personas, la Corte no puede señalarle a la accionante como lo hizo el Tribunal Superior de Cartagena, que existe otro medio de defensa judicial a disposición del afectado, máxime cuando el peligro en que se encuentran es a juicio de la Corporación inminente" (Sentencia T-015/95 Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara).

"En consecuencia esta Sala ratifica, para el caso, la doctrina de la Sentencia T-015/95 según la cual, cuando con la violación al derecho a un salario oportuno, se vulnera también en forma grave el derecho a la subsistencia, la acción de tutela no sólo procede sino que, para hacer efectivos el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la vida, el juez ordenará el pago inmediato de los salarios y prestaciones injustamente dejados de pagar. Así, en la parte resolutiva de esta providencia se modificará el numeral primero del fallo de primera instancia, en el sentido de que la Federación Nacional de Algodoneros cancelará, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la decisión de revisión o de preferencia a cualquier otro pago no laboral, los salarios y prestaciones que adeude al actor en la fecha.

"b) El derecho al trabajo no fue el único derecho fundamental que la Federación Nacional de Algodoneros vulneró al actor de manera continuada, consciente e ilegítima; está plenamente probado que la organización demandada violó en forma grave los derechos a la subsistencia, al reconocimiento y respeto de la dignidad humana del actor y de su esposa, y a la seguridad social. Por tanto, en la evaluación del mecanismo alterno de defensa debe aplicarse el criterio adoptado por esta misma Sala en la Sentencia T-100/94: cuando en el trámite del medio alterno de defensa judicial, no sea pertinente la defensa de todos los derechos fundamentales violados al actor, la acción de tutela no sólo procede, sino que debe concederse de manera definitiva."

Así, en la parte resolutiva de esta providencia se concederá la protección definitiva de los derechos fundamentales vulnerados al peticionario reiterando de esta suerte la doctrina constitucional (Cfr. Sentencias T-426 de 1992, T-167 de 1994, T-146 de 1996, T-437 de 1996, T-565 de 1996, T-641 de 1996, T-006 de 1997, T-081 de 1997, T-234 de 1997, T-527 de 1997 y T-529 de 1997).

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto esta Sala 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. REVOCAR la sentencia de quince (15) de diciembre de 1997 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga - Magdalena.

Segundo. CONCEDER la tutela interpuesta. En consecuencia, se ordena al Alcalde Municipal de Ciénaga - Magdalena la cancelación de los salarios atrasados, si todavía no se ha hecho, en un término máximo de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta

Sentencia, con su respectivo reajuste, siempre que exista partida presupuestal disponible. En caso contrario, dentro del término señalado, procederá a iniciar los trámites pertinentes, de todo lo cual informará inmediatamente al juez de instancia.

Tercero. PREVENIR al Municipio de Ciénaga - Magdalena para que evite volver a incurrir en las omisiones ilegítimas que originaron el presente proceso, so pena de las sanciones legalmente correspondientes.

Cuarto. LIBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-214
mayo 14 de 1998

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Injerencia arbitraria por ruido molesto y evitable

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Emanaciones de mal olor incontrolado y evitable

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Carácter judicial

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Emanaciones de mal olor

Referencia: Expediente T-157126.

Demandante: Fabiola Esparragoza de Bolívar.

Demandados: Edelmira Rosa Espitia Olivares y Walter Ortegón Bolívar.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D. C., a los catorce (14) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 36 del Decreto 2591 de 1991, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, envió a la Corte Constitucional el expediente de la referencia, para los efectos de la revisión constitucional de los fallos proferidos los días 9 de Octubre y 24 de Noviembre de 1997, por los Juzgados Diecinueve Civil Municipal y Octavo Civil del Circuito, ambos de la ciudad de Barranquilla.

I. ANTECEDENTES

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carmenza Isaza de Gómez, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, procede a revisar las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela promovida por la señora Fabiola Esparragoza de Bolívar contra los particulares Edelmira Espitia Olivares y Walter Ortegón Bolívar por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la vida, debido proceso e igualdad.

A. HECHOS.

Los hechos que sirven de base a la señora Gómez de Castillo para iniciar la presente tutela, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. Manifiesta la demandante que desde hace aproximadamente seis (6) meses, viene soportando los malos olores y el mosquerío producido por una porqueriza y un criadero de pollos, propiedad de la señora Edelmira Rosa Espitia Olivares y Walter Ortegón Bolívar.

2. Los malos olores les han causado problemas de salud como náuseas, dolores de estómago, inapetencias, además de las molestias que deben aguantar los visitantes de sus casas.

3. Ante tal situación, la demandante elevó queja verbal ante la Inspectora del corregimiento de La Playa, sin obtener respuesta alguna. Ante tal situación, la demandante y varios vecinos del sector, mediante escrito interpusieron una nueva queja ante las oficinas de Saneamiento de Puerto Colombia, siendo recibida el día 21 de julio de 1997.

4. Al día siguiente de recibirse la queja por dicha entidad administrativa, el técnico correspondiente se trasladó hasta el lugar de los hechos corroborando el problema ambiental que allí se presentaba. Por tal motivo, procedió inmediatamente a poner en conocimiento de la Secretaría de dicha entidad los hechos, quedando comprometido a pasar un acta a la señora Inspectora,

5. Transcurrida una semana, la demandante se trasladó a las oficinas de la Inspectora, quien le comunicó que ante ella no había llegado acta alguna. De nuevo en las oficinas de Saneamiento de Puerto Colombia, el técnico insistió en que ya había enviado dicha acta. Nuevamente en las oficinas de la Inspectora, ésta reiteró la no existencia de acta alguna, y que sin ésta no podía adelantar ninguna actuación.

6. Ante la inoperancia de dichas autoridades, la demandante dirigió nuevamente petición a la señora Inspectora y a la Oficina de Saneamiento de Puerto Colombia. Allí el técnico no recibió el escrito señalando que él ya había cumplido su labor, y que también había puesto en conocimiento del señor Personero los hechos, para lo cual se trasladaron a las oficinas de dicho funcionario. Allí la tutelante expuso la situación ante dicho funcionario.

7. Al día siguiente el Personero se trasladó al lugar, señalando que se reuniría con la señora Inspectora y con el técnico de Saneamiento. Transcurridas tres semanas de esto, se realizó una inspección ocular a los predios de los demandados. Terminada dicha inspección, el técnico de Saneamiento de puerto Colombia, le comunicó a la demandante que se le habían dado una serie de recomendaciones a los demandados, con el fin de solucionar el problema de los malos olores, los cuales si no eran cumplidos, se procedería a prohibir la cría de cerdos y pollos en dicho lugar.

8. Finalmente, señala la demandante, la situación sigue igual y los problemas de salud generados por los malos olores y las moscas son cada día más complicados.

Ante tal situación, la señora Esparragoza de Bolívar considera violados sus derechos fundamentales a la vida y debido proceso, pues hasta la fecha no ha obtenido solución a su problema. Para lo anterior, solicita le sean tutelados sus derechos fundamentales y se ordene erradicar la porqueriza y la cría de pollos del predio ubicado en la calle 14 No. 20-09 de dicho corregimiento.

C. PROVIDENCIAS QUE SE REVISAN.

Mediante sentencia del 9 de octubre de 1997, el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Barranquilla, resolvió denegar la tutela. Muy brevemente consideró dicho juzgado que la demandante tiene a su alcance otras vías de defensa judicial, pues puede acudir a la justicia ordinaria a través de un proceso posesorio, buscando el cese de la perturbación, o iniciar las acciones policivas en el mismo sentido.

Impugnada la decisión, conoció el segunda instancia el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla. Mediante sentencia del 24 de noviembre de 1997, resolvió confirmar la decisión del *a quo*. A su vez, de manera muy breve, consideró que la accionante tiene a su alcance otras

vías de defensa judicial, acudiendo a la justicia civil o mediante las acciones policivas correspondientes. Observa sin embargo, que la demandante debió dirigir la presente tutela contra las diferentes autoridades por no atender cabalmente su petición.

II. CONSIDERACIONES.

A. Competencia.

Según lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, esta Sala es competente para revisar las sentencias proferidas por los Juzgados Diecinueve Civil Municipal y Octavo civil del Circuito de Barranquilla.

B. Elementos probatorios en el presente caso.

Los siguientes son los documentos que obran como pruebas en el expediente:

1. Escrito dirigido al señor Oscar Acosta Ballestas, Técnico de Saneamiento del Municipio de Puerto Colombia, de fecha 29 de agosto de 1997, en el cual se ponen de presente las anteriores gestiones adelantadas por la demandante, las cuales no han tenido solución efectiva.

2. Carta dirigida al Ministerio del Medio Ambiente, fechada el día 15 de julio de 1997, en la cual se exponen los problemas de salud que aquejan a los vecinos de la residencia del señor Walter Bolívar ubicada en la calle 14 No. 20-09 del Corregimiento de La Playa, lugar en el cual existe un criadero de cerdos y pollos.

3. Fotocopia del Acta de Inspección realizada por el Técnico de Saneamiento de Puerto Colombia, en presencia de la Promotora de Salud del mismo municipio y del propietario del predio objeto de inspección, señor Walter Ortegón Bolívar. El acta se realizó el 22 de julio de 1997 y en ella se recomendó, erradicar o trasladar a otra lugar la porqueriza y el criadero de pollos y realizar el correspondiente aseo, lo cual deberá hacerse en el plazo máximo de 7 días a partir de la fecha del acta.

4. Escrito dirigido a la Inspectora del corregimiento de La Playa, del 19 de agosto de 1997. En él, la demandante manifiesta que las recomendaciones hechas por el señor Técnico de Saneamiento, no se han cumplido, pues los problemas por malos olores subsisten.

5. Escrito del 5 de agosto de 1997, dirigido por la demandante al señor Personero Municipal, manifestando el comportamiento omisivo en el que ha incurrido la señora Inspectora del corregimiento de La Playa.

6. Fotocopia del Acta de Inspección Ocular, realizada el día 25 de septiembre de 1997, por parte de la Inspectora de Policía del Corregimiento de La Playa, el Técnico de Saneamiento Ambiental y el señor Personero Municipal ambos del municipio de Puerto Colombia. En dicha Acta se señaló un plazo máximo de diez (10) días para cumplir con las recomendaciones hechas por el Técnico de Saneamiento, más cuando sobre dicho predio se habían realizado otras dos (2) inspecciones.

C. De la violación del derecho a la intimidad.

En este sentido, es fundamental anotar que cuando una persona debe soportar la contaminación del ambiente del lugar donde trabaja o reside, como consecuencia del mal uso que de él hacen otros particulares, no sólo se vulnera su derecho al ambiente sano, a la vida y a la salud, sino su propia intimidad. En este aspecto en particular resulta pertinente citar la sentencia T-219 del 4 de mayo de 1994, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, que señaló lo siguiente:

"Modernamente, la jurisprudencia constitucional ha extendido la protección del ámbito o esfera de la vida privada, implícita en el derecho fundamental a la intimidad, a elementos o situaciones inmateriales como "el no ser molestado" o "el estar a cubierto de injerencias arbitrarias", trascendiendo la mera concepción espacial o física de la intimidad, que se concretaba en las garantías de inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. El ruido molesto y evitable (ST-210 de 1994) es un fenómeno percibido desde la órbita jurídico-constitucional como una "injerencia arbitraria" que afecta la intimidad de la persona o de la familia. Mutatis mutandis, *el hedor puede constituir una* ***injerencia arbitraria*** *atentatoria del derecho fundamental a la intimidad, cuando una actividad económica que involucra costos ambientales se desarrolla por fuera del marco constitucional y legal que habilita el ejercicio de la libertad de empresa (C.P. artículo 333), y alcanza a afectar el desarrollo de la vida privada de la persona que debe soportarlo.*

"Las emanaciones de mal olor -con mayor razón aquel denominado fétido o "nauseabundo" proveniente de la actividad industrial- no sólo son fuente de contaminación ambiental sino que, cuando se prolongan en el tiempo de manera incontrolada, pueden potenciarse hasta el grado de tornar indeseable la permanencia en el radio de influencia de las mismas. En esta situación, la víctima se ve constreñida a soportar el mal olor o a abandonar su residencia con el consiguiente recorte de su libertad de autodeterminación. La autoridad pública investida de las funciones de policía sanitaria está en el deber de controlar que la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo y la producción de bienes y servicios no generen efectos adversos y desproporcionados sobre los derechos de terceros, lo que de suyo corresponde a la finalidad misma de la intervención estatal en la economía: conseguir el mejoramiento de la vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del medio ambiente (C.P. artículo 334). El mal olor, incontrolado y evitable, vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal o familiar.

"El particular que, prevalido de la inacción de las autoridades públicas, contamina el aire y ocasiona molestias a las personas que permanecen en sus hogares hasta un grado que no están obligadas a soportar, vulnera simultáneamente el derecho a un ambiente sano y el derecho fundamental a la intimidad (C.P. artículos 15 y 28). La generación de mal olor en desarrollo de la actividad industrial es arbitraria cuando, pese a la existencia de normas sanitarias y debido al deficiente control de la autoridad pública, causa molestias significativamente desproporcionadas a una persona hasta el grado de impedirle gozar de su intimidad".

De acuerdo con lo anterior, es evidente que en el presente caso, el mal manejo que se viene haciendo por parte de los demandados de la porqueriza y del criadero de pollos, son la fuente directa de la violación de los derechos fundamentales de la señora Esparragoza de Bolívar, pues así se ha comprobado en las diferentes inspecciones oculares realizadas tanto por la Inspectora de Policía del corregimiento de La Playa, como por el Técnico de Saneamiento y el señor Personero Municipal de Puerto Colombia. Además, es pertinente señalar que las recomendaciones que hiciera el Técnico de Saneamiento Ambiental del municipio de Puerto Colombia, a los propietarios de la porqueriza y del criadero de pollos, según consta en Acta de Inspección del 22 de julio de 1997, no se han cumplido. Por su parte el actuar de la señora

Inspectora de Policía del Corregimiento de La Playa, no ha sido el más adecuado y diligente, pues desde la fecha de la primera inspección ocular hasta la última (septiembre 25 de 1997), los malos olores producto del desaseo de la porqueriza y la cría de pollos, así como el insoportable mosquerío, subsisten, afectando gravemente los derechos fundamentales de la demandante.

Por otra parte, la Corte Constitucional en numerosas oportunidades ha señalado que el justificar la existencia de un trámite policivo como medio de defensa de los derechos alegados como violados por la demandante no es justificación para señalar la improcedencia de la acción de tutela como medio de defensa. Es pertinente aclarar en este punto, que la existencia de otro medio de defensa de los derechos fundamentales presuntamente violados ha de ser de carácter judicial y no de otra índole, razón por la cual es válida la procedencia de la presente tutela.

De esta manera la Sala Octava de Revisión, procederá a revocar las decisiones proferidas en primera y segunda instancia por los Juzgados Diecinueve Civil Municipal y Octavo Civil del Circuito de Barranquilla. En su lugar, procederá a la protección de los derechos fundamentales, al medio ambiente sano y a la intimidad de la señora Fabiola Esparragoza de Bolívar. Para tal protección se ordenará a la señora Edelmira Rosa Espitia Olivares y al señor Walter Ortegón Bolívar para que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, procedan a efectuar las correspondientes adecuaciones técnico-sanitarias recomendadas desde un principio por el Técnico de Saneamiento del municipio de Puerto Colombia, a fin de solucionar el problema ambiental que se presenta en su porqueriza y criadero de pollos. Sin embargo, y con el único fin de aligerar el grave problema ambiental que hace insoportable el respirar el aire en el lugar, motivo de la presente tutela, se dispondrá que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, procedan a realizar las labores básicas de aseo. Si dentro del término inicialmente señalado no se cumplieren las recomendaciones técnico-sanitarias, deberá la señora Inspectora del corregimiento de La Playa y el mismo Técnico de Saneamiento de Puerto Colombia, tomar las medidas sanitarias pertinentes e imponer las sanciones policivas a que haya lugar.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Barranquilla del 9 de octubre de 1997 y del Juzgado Octavo Civil del Circuito de la misma ciudad del 24 de noviembre de 1997. En su lugar CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al medio ambiente sano y a la intimidad de la señora Fabiola Esparragoza Bolívar.

Segundo. ORDENAR a la señora Edelmira Rosa Espitia Olivares y al señor Walter Ortegón Bolívar para que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, procedan a efectuar las correspondientes adecuaciones técnico-sanitarias pertinentes a fin de solucionar el problema ambiental que se presenta en su porqueriza y criadero de pollos, recomendadas desde un principio por el Técnico de Saneamiento del municipio de Puerto Colombia. Lo anterior no es óbice para que en el

término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, procedan a realizar las labores básicas de aseo, con el único fin de aligerar el grave problema ambiental que viene padeciendo la demandante y demás vecinos del predio.

Tercero. Si dentro del término inicialmente señalado no se cumplieren las recomendaciones técnico-sanitarias, deberá la señora Inspectora del corregimiento de La Playa y el mismo Técnico de Saneamiento de Puerto Colombia, tomar las medidas sanitarias pertinentes e imponer las sanciones policivas a que haya lugar.

Cuarto. SURTASE el trámite previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrado (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-215
mayo 14 de 1998
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto

Referencia: Expediente T-144134.

Acción de tutela en contra del Gobernador de Cundinamarca por una presunta violación del derecho a la seguridad social.

Tema: Carencia actual de objeto.

Actor: Luis Gonzalo Jaramillo Soto.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D. C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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, éste último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA NACION,

procede a revisar el fallo de instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Laboral, en el trámite del proceso radicado bajo el número T-144134.

ANTECEDENTES

1. **Hechos**.

El actor trabajó para la Universidad de Cundinamarca, Sede Fusagasugá, hasta el 26 de mayo de 1997, fecha en la cual fue aceptada su renuncia.

El 15 de abril de 1997, el Instituto de los Seguros Sociales, mediante la resolución No. 04377, le había reconocido una pensión de vejez.

El 9 de agosto de 1997, Luis Gonzalo Jaramillo Soto demandó por vía de tutela al Gobernador de Cundinamarca, alegando que este último era el responsable de que no se hubiera tramitado su bono pensional y, en consecuencia, no se le hubiese empezado a pagar la pensión de vejez; también solicitó que se le ordenara al demandado el pago inmediato de las cesantías correspondientes al año 1995, puesto que aún no habían sido canceladas.

2. **Fallo de instancia**.

Fue adoptado el 25 de agosto de 1997 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, y mediante él se denegó la tutela solicitada por el actor;

consideró la citada Corporación que el demandante contaba con otro mecanismo judicial para la defensa de su derecho, y que al demandado, el Gobernador de Cundinamarca, no se le podía imputar el incumplimiento del Instituto de los Seguros Sociales en el pago de la pensión que éste -y no aquél- le reconoció al actor.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. **Competencia**.

La Corte Constitucional es competente para revisar el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, según los artículos 86 y 241 de la Carta Política; y a la Sala Cuarta de Revisión le corresponde proferir el fallo respectivo, de acuerdo con el reglamento interno y el auto proferido por la Sala de Selección Número Nueve el 30 de septiembre de 1997 (folios 24-28).

2. **Carencia actual de objeto**.

El 15 de agosto de 1997, estando en trámite la instancia, el actor aportó al expediente una certificación del Tesorero-pagador de la Universidad de Cundinamarca, Sede Fusagasugá, en la que este último hace constar que la institución universitaria consignó en el Fondo de Cesantías de Cundinamarca y a favor del demandante, el aporte para cesantías correspondiente al período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1995 (folio 15).

Además, la jefe del Departamento Historia Laboral y Nómina de Pensionados ISS SC, a solicitud de esta Sala de Revisión, certificó por medio del oficio OPT.068/98 del 16 de marzo de 1998, que esa entidad empezó a pagar al actor su pensión de vejez en el mes de agosto de 1997, y que hasta febrero del presente año le había cancelado un total de ocho millones ochenta y siete mil ciento cuarenta y cinco pesos ($ 8'087.145).

Así, es claro que el proceso bajo revisión carece actualmente de objeto y, por tanto, la Corte Constitucional confirmará la decisión de instancia, pero por las razones anotadas.

DECISION

En mérito de la breve justificación antecedente, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR, pero por las razones de la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá en la tutela interpuesta por Luis Gonzalo Jaramillo Soto contra el Gobernador de Cundinamarca.

Segundo. COMUNICAR este fallo de revisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, para los fines previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-216
mayo 14 de 1998

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto

ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS-Límites constitucionales y legales

La propiedad horizontal impone a los copropietarios el uso común de algunas áreas, y la consiguiente necesidad de atender a su administración de manera colectiva, a través de un órgano colegiado en el que están llamados a participar democráticamente todos ellos: la asamblea de copropietarios. Las decisiones de este órgano, obligan a quienes tenían derecho a participar en la asamblea y no lo ejercieron (directamente o por medio de apoderado), lo mismo que aquellos que participaron y cuyas propuestas no fueron acogidas por la mayoría. Sin embargo, la potestad reguladora de las asambleas de copropietarios debe entenderse limitada por la Constitución y la ley, razón por la cual no pueden sus miembros, así actúen de consuno, arrogarse la competencia para modificar o derogar la legislación sobre los servicios públicos domiciliarios.

REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Suspensión de energía eléctrica

Referencia: Expediente T-149753.

Acción de tutela en contra de dos particulares por una presunta violación de los derechos al trabajo y a la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Tema: Carencia actual de objeto.

Actor: José Ortiz Flórez.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D. C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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, éste último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

procede a dictar sentencia, en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá en el proceso radicado bajo el número T-149753.

ANTECEDENTES

1. **Hechos.**

José Ortiz Flórez es propietario de un local en la Agrupación Comercial Popular "A", ubicado en esta ciudad, y demandó a los particulares Carlos Cañón y Jairo Lurduy Martínez, alegando que éstos, sin ser los administradores del centro comercial, elevaron la cuota de administración de las áreas comunes en cuarenta por ciento (40%), y cuando el actor se negó a cancelar el incremento, le suspendieron el servicio de energía eléctrica, impidiéndole trabajar en la microempresa que allí venía funcionando, y de la cual deriva el sustento personal y familiar.

2. **Fallo que se revisa.**

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá decidió no tutelar los derechos invocados por el actor (12 de septiembre de 1997), pues consideró que los demandados actuaron legítimamente y no violaron derecho alguno al demandante.

Esta decisión no fue impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. **Competencia.**

La Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de instancia, en virtud de los artículos 86 y 241 de la Carta Política; y corresponde a la Sala Cuarta de Revisión pronunciar la sentencia respectiva, de acuerdo con el reglamento interno y el auto de la Sala de Selección Número Doce del 4 de diciembre de 1997.

2. **Carencia actual de objeto.**

El 1° de abril de 1998, el actor dirigió una comunicación a la Corte Constitucional (folio 44), en la que expresa su deseo de desistir de la acción de tutela que interpuso, pues, según manifiesta, llegó a un acuerdo con la administración del centro Agrupación Comercial Popular "A", canceló las sumas que se le reclamaban por concepto de administración de áreas comunes, y le fue restaurado el servicio de energía eléctrica.

Así, devino improcedente el amparo solicitado por el actor puesto que el proceso de tutela actualmente carece de objeto; sin embargo, esta Sala encuentra del caso reiterar la doctrina sentada por la Corte en la sentencia T-630/97[1], sobre los dos tópicos que a continuación se consideran:

a) **Obligatoriedad de las decisiones adoptadas democráticamente.**

La propiedad horizontal impone a los copropietarios el uso común de algunas áreas, y la consiguiente necesidad de atender a su administración de manera colectiva, a través de un órgano colegiado en el que están llamados a participar democráticamente todos ellos: la asamblea de copropietarios. Las decisiones de este órgano, obligan a quienes tenían derecho a participar en la asamblea y no lo ejercieron (directamente o por medio de apoderado), lo mismo que a aquellos que participaron y cuyas propuestas no fueron acogidas por la mayoría. Así, *"es claro que el juez de tutela no puede exonerar el pago de expensas de administración ni puede favorecer el incumplimiento de los deberes u obligaciones derivadas de la vida en comunidad, pues como bien lo afirmó esta Corporación: 'abusa de la acción de tutela quien, desquiciando el objeto de la misma, pretende amparar lo que no es un derecho suyo sino precisamente aquello que repugna al orden jurídico y que apareja responsabilidad y sanción: la renuencia a cumplir las obligaciones que contrae'".*

[1] M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

b) **Límites de la potestad reguladora de las asambleas de copropietarios.**

Sin embargo, la potestad reguladora de las asambleas de copropietarios debe entenderse limitada por la Constitución y la ley, razón por la cual no pueden sus miembros, así actúen de consuno, arrogarse la competencia para modificar o derogar la legislación sobre los servicios públicos domiciliarios (C.P. artículo 369), como lo hizo la asamblea de la Agrupación Comercial Popular A, y lo aceptó el juez de instancia. Al respecto, debe reiterarse que:

"Los organismos de administración tienen la facultad de decidir cuáles son las medidas que adoptarán en orden a garantizar la seguridad, existencia y conservación de las zonas comunes de la propiedad horizontal, para lo cual deben contar con las expensas indispensables para atender dichas necesidades. Sin embargo, esta libertad de escogencia de mecanismos pacíficos para solucionar los conflictos no puede contrariar la Constitución, pues el artículo 4º de la Carta dispone que aquella es 'norma de normas' y como tal vincula no sólo a todas las autoridades públicas sino también a los particulares. Por consiguiente, es legítimo que la administración de las propiedades horizontales procuren encontrar fórmulas que resuelvan la diferencia, evitando así la judicialización de todas las actuaciones de la sociedad, pero no es viable que se realice una limitación arbitraria de derechos fundamentales. Si bien un derecho subjetivo le da al titular un poder de actuación para la satisfacción de sus intereses, esto no autoriza a que se ejercite de forma contraria a su finalidad o sin un propósito legítimo que lo autorice, pues de acuerdo con el numeral 1º del artículo 95 de la Constitución toda persona 'debe respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios'. Esto significa que los derechos no son absolutos sino que encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás y en la primacía del orden justo, los cuales deben ser interpretados de tal forma que hagan compatibles el ejercicio y la protección de los derechos que se ejercen conforme a la ley y a la Constitución. En consecuencia, el sometimiento al derecho de otra persona no significa que aquella pueda dañar ilegítima e injustamente los derechos constitucional y legalmente protegidos, pues en el Estado de Derecho la jerarquización de normas constituye un elemento indispensable para el respeto de los derechos individuales"

Así, esta Sala confirmará la decisión de instancia, pero por las razones consideradas en los apartes anteriores.

DECISION

En mérito de las breves consideraciones que anteceden, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá en la tutela instaurada por José Ortiz Flórez contra dos particulares, pero por las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

Segundo. COMUNICAR este fallo de revisión al Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, para los fines previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-217
mayo 14 de 1998

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Falta de anuencia del afectado

Referencia: Expediente T-153008.

Acción de tutela contra Luis Fernando Londoño Capurro, Olga Lucía Garcés de Franco y la Clínica Fundación Valle del Lili, por la presunta violación de los derechos fundamentales de Olga Elvira Franco Garcés.

Tema: Improcedencia de la acción interpuesta sin la anuencia del afectado.

Actor: Miguel Uribe Londoño

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D. C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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, éste último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

procede a revisar el fallo proferido por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Santiago de Cali en la primera instancia del proceso radicado T-153008.

ANTECEDENTES

1. **Hechos.**

La ciudadana Olga Elvira Franco Garcés (a cuyo nombre se demandó), había sido tratada por un especialista, pues sufre una enfermedad maníaco depresiva bipolar.

El 26 de octubre de 1997, fue conducida por miembros de la Cruz Roja a la Clínica Fundación Valle del Lili de la ciudad de Cali, después de haber consentido en ser internada allí; la Psiquiatra Sonia Constanza Bersh Toro, quien se hallaba de turno, confirmó el diagnóstico anotado y añadió que la paciente se encontraba en un "estado muy agudo" de la fase maníaca (folio 39, entre otros).

La señora Franco Garcés aceptó permanecer en la clínica demandada para ser atendida por la citada Doctora Bersh y, el 28 de octubre, convino en ser trasladada al Hospital Universitario del Valle para continuar su tratamiento con el Dr. César González (folio 12 del despacho comisorio).

2. **Demanda.**

El 29 de octubre de 1997, Miguel Uribe Londoño, actuando como agente oficioso de la señora Franco Garcés, instauró una acción de tutela afirmando que ella "no ha tenido antecedentes por enfermedades mentales o neurológicas", pero que su esposo "aparentemente abusando de su investidura ha obligado a algunos miembros de la Cruz Roja a infringir los derechos de la señora Olga Elvira Franco. Es así como el día domingo 26 de octubre sin ninguna justificación, un número significativo de miembros de la Cruz Roja de Cali, entraron al apartamento de la señora Olga Elvira Franco y procedieron a llevarla contra su propia voluntad y a la fuerza a la Clínica Fundación Valle del Lili" (folio 3).

3. **Decisión que se revisa.**

El 21 de noviembre de 1997, el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Santiago de Cali resolvió denegar la tutela. Consideró ese Despacho que: a) en este caso no se cumplen los requisitos previstos en la ley para la procedencia de la tutela en contra de particulares; b) sí hay antecedentes clínicos de la enfermedad que afecta a la señora Franco Garcés; c) ninguna de las pruebas sobre la crisis que sufrió dicha persona el 26 de octubre de 1997 fue controvertida; y d) "la señora Olga Elvira Franco Garcés no cumplió con la citación que le libró el Despacho para escucharla acerca de los pormenores de la situación fáctica" (folio 84).

El fallo de primera instancia no fue impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. **Competencia.**

La Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de instancia, de acuerdo con los artículos 86 y 241 de la Carta Política; a la Sala Cuarta le corresponde proferir el fallo de revisión, según el reglamento interno y el auto proferido por la Sala de Selección Número Dos el 4 de febrero de 1998.

2. **De los medios de prueba.**

Si se analizan los recolectados por el Juzgado del conocimiento, resulta que la versión de los hechos narrada por el actor en su demanda dista mucho de ser un relato fidedigno; la persona a cuyo nombre demandó sí sufría de la enfermedad que le fue diagnosticada y tratada por los médicos que rindieron testimonio en el proceso; quedó establecido que sufría de crisis periódicas, y que el 26 de octubre de 1997 le sobrevino una que la puso en la situación descrita por la Psiquiatra de turno en la clínica Fundación Valle del Lili, Sonia Constanza Bersh Toro, como "estado muy agudo" de la fase maníaca, patología que justificó su hospitalización[1].

Pero, también quedó acreditado en la primera instancia que esa afección venía siendo tratada sin internar a la paciente, que el padecimiento no le había impedido seguir dirigiendo la empresa familiar, "Artemo Franco Mejía y compañía", ni seguir a cargo de su hogar, y que el 26 de octubre citado le fue administrado un sedante a la señora Franco Garcés antes de conducirla a la clínica demandada.

En estos términos, y ya que se trataba de que el juez de tutela verificara si se había violado la autonomía personal de dicha persona manteniéndola hospitalizada en contra de su voluntad y sin que lo justificara la ley, no resulta clara la razón por la que el funcionario de

[1] En este juicio concuerdan el Jefe de la Unidad de Salud Mental del Hospital Departamental de Cali, César Hernando González Caro (folios 40 y 41), y el Psiquiatra Roberto Perdomo Hoyos (folios 75 y 67), quienes testificaron en calidad de actual y anterior médico tratante de la señora Franco Garcés.

conocimiento optó por fallar y no señaló nueva fecha para que la señora Franco Garcés compareciera, a pesar de que así lo solicitó ella por medio de un memorial (folio 56), que fue presentado personalmente al Notario Cuarto de Cali y remitido al Juzgado 14 Penal.

Por medio de auto del 12 de marzo de 1998, esta Sala de Revisión comisionó al Juzgado 14 Penal del Circuito de Cali para citar a comparecer a la señora Olga Elvira Franco Garcés e interrogarla sobre los hechos motivo de la acción interpuesta a su nombre por el abogado Miguel Uribe Londoño. La declarante -y presunta afectada-, aclaró que consintió en ser hospitalizada y tratada, que de ninguna forma pidió a Miguel Uribe Londoño interponer la presente acción, y que no desea que su intimidad personal y familiar siga siendo objeto de una intervención estatal que no solicitó ni justifica, puesto que la presunta vulneración a su autonomía personal no se produjo.

3. **Improcedencia de la acción interpuesta en contra del querer de la afectada.**

En este caso es claro que no existió violación de los derechos fundamentales de la presunta afectada, ésta no pidió ni quiere la intervención estatal que provocó el actor y este, abogado, sabiendo dónde se encontraba la señora Franco Garcés, ni siquiera aduce haber intentado obtener su versión de los hechos, o su parecer sobre las acciones que adelantó como agente oficioso ante la dirección de la clínica, el comando de la Policía de Cali, el Defensor del Pueblo y la Jurisdicción Constitucional.

Así, la tutela interpuesta por Miguel Uribe Londoño como agente oficioso de Olga Elvira Franco Garcés, resulta improcedente porque no hubo violación de los derechos fundamentales de la presunta afectada, y es abusiva porque la intimidad de la señora Franco Garcés y su familia fue puesta en la picota pública sin que su pretenso abogado y agente oficioso -sabiendo en dónde estaba hospitalizada-, intentara consultar su parecer o la realidad de los hechos. Esta Sala considera que hay sobrado motivo para ordenar, como lo hará en la parte resolutiva, que se remita copia de esta providencia al Consejo Superior de la Judicatura, a fin de que se sirva adelantar la correspondiente averiguación disciplinaria por vulneración del estatuto del ejercicio de esta profesión.

DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR, pero por la razones expuestas, el fallo del Juzgado 14 Penal del Circuito de Cali, por medio del cual se negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por Miguel Uribe Londoño como agente oficioso de la señora Olga Elvira Franco Garcés.

Segundo. ORDENAR que, por medio de la Secretaría General, se remita copia de la presente providencia al Consejo Superior de la Judicatura, para lo de su competencia.

Tercero. COMUNICAR esta sentencia al Juzgado 14 Penal del Circuito de Cali, para los fines previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-218
mayo 15 de 1998

DERECHO A LA VIDA-Actuación oportuna y eficaz por autoridades

La actuación oportuna y eficaz se exige de las autoridades en protección del derecho fundamental a la vida que, en sentir de esta Corporación, "es de aplicación inmediata y no limita su alcance a la prohibición absoluta de la imposición de la pena de muerte", de modo que "también comprende la garantía de que la autoridad competente para protegerlo no ignorará el peligro inminente y grave en el que se encuentre un grupo de habitantes del territorio nacional y, más aún que existiendo tal riesgo grave e inminente, si las autoridades no pueden eliminarlo, al menos no contribuirán conscientemente a agravarlo".

JUEZ DE TUTELA-No es ejecutor del gasto/**EJECUCION DEL PRESUPUESTO**-Primacía para la efectividad de los derechos fundamentales

Las dificultades de orden presupuestal no impiden a las autoridades implicadas cumplir con sus deberes ni al juez de tutela impartir las órdenes necesarias para que cese la amenaza contra los derechos constitucionales fundamentales. La Sala ratifica la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la acción de tutela no puede ser convertida en el instrumento para introducir desorden en el manejo presupuestal, pues el juez no es ejecutor del gasto. Sin embargo, la autonomía administrativa en la fijación de las prioridades se halla limitada por la primacía que, en la definición de las erogaciones, debe otorgársele a los fines esenciales del Estado, uno de los cuales es la efectividad de los derechos fundamentales.

DERECHO A LA VIDA-Prevención de desastres que afecten habitantes de zonas de alto riesgo

DERECHO A LA VIDA-Medidas de reubicación para habitantes de zonas de alto riesgo

Referencia: Expediente T-149645.

Actores: Jorge Armesto Serpa y Clímaco Vargas

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D. C., mayo quince (15) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

El 12 de septiembre de 1997, los señores Jorge Armesto Serpa y Clímaco Vargas, invocando la protección de los derechos a la vida, a la salud, a la igualdad, al medio ambiente sano y de petición, impetraron acción de tutela en contra del Alcalde Distrital de Barranquilla y del Gerente del Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Barranquilla, Fonvisocial.

1. HECHOS

Refieren los actores que en el sector comprendido entre las calles 38B y 38C, con carrera 3ª de la ciudad de Barranquilla se adelantaron algunos trabajos de canalización del arroyo Don Juan, obras que habiéndose dejado inconclusas entrañan un alto riesgo para ellos y para sus familias, por cuanto en épocas de invierno las aguas que corren por el mencionado cauce amenazan sus viviendas, ubicadas en un lugar calificado de alto riesgo, fuera de lo cual, desde el sector de la Magdalena corre otra creciente por la calle 38B que desemboca en el arroyo Don Juan, erosionando el área en una profundidad de 4 a 5 metros.

Dan cuenta los peticionarios de las sucesivas diligencias que sin éxito han adelantado desde el año de 1977 ante el Instituto de Crédito Territorial, hoy Inurbe y, posteriormente, desde 1993, ante el Alcalde Distrital de Barranquilla y ante Fonvisocial.

Aducen que las obras realizada no reúnen las condiciones técnicas, que "el contratista realizó curvas desperfeccionadas (sic) encausando las aguas del arroyo sobre nuestras humildes viviendas" y que los trabajos han sufrido un proceso de deterioro continuo, circunstancias que no impidieron a la administración recibirlos a satisfacción.

Agregan que en varias oportunidades se han dirigido a la Personería Distrital, a cuyas instancias varios expertos han emitido conceptos en los que luego de hacer constar las fallas técnicas, constatan el riesgo que se cierne sobre las viviendas de los demandantes y recomiendan una reubicación inmediata que no ha sido posible, pues encontrándose en la actualidad inscritos en el proyecto El Edén, lo cierto es que durante los años 1994 y 1995 Fonvisocial los inscribió en sus programas, y "hasta la presente no se les ha solucionado el problema".

2. PRETENSIONES

Los actores formulan las siguientes pretensiones:

"-Que se ordene a la Administración Distrital de Barranquilla que inicie, en un término máximo de 3 días las gestiones administrativas necesarias para solucionar, eficazmente, el problema que éstos acusan por la circunstancia de habitar a orillas, en inminente peligro de derrumbarse sus viviendas.

"Tales medidas deberán ser implementadas, programadas y ejecutadas en un plazo máximo de seis (6) meses".

II. LA DECISION DE INSTANCIA

Mediante sentencia fechada el 29 de septiembre de 1997, el Tribunal Administrativo del Atlántico resolvió declarar "Improcedente la acción de tutela incoada por los señores Jorge Armesto Serpa y Clímaco Vargas".

Estimó el Tribunal que la solución pedida por los actores implica "al tenor del escrito del señor Alcalde de Barranquilla, la canalización del citado arroyo, aspecto del cual ya se está encargando el Distrito, cuyas obras alcanzan una suma mayor de $200.000.000.oo, con lo cual se pretende mejorar la calidad de vida de los actores y de la vecindad que vive en el barrio San Nicolás donde ellos igualmente habitan".

Además, señaló el fallador que "La otra posible solución, es la ubicación de los actores en otro lugar, y ya se sabe que éstos hacen parte del censo de las familias que se reubicarán por parte del Distrito de Barranquilla en la Urbanización El Edén".

Y finalmente acotó que "Cualquiera de estas dos soluciones implicaría dar órdenes judiciales de inmediato cumplimiento, a las autoridades administrativas objeto de la acción,

con lo cual se entrometería el tribunal en materia de política administrativa, contrariándose la jurisprudencia anteriormente transcrita".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primera. **La competencia**

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. **La materia**

1. Sea lo primero advertir que la acción de tutela que en esta oportunidad ocupa la atención de la Corte, se basa en hechos diferentes de los planteados por el señor Jorge Armesto Serpa como fundamento de una acción que en mayo de 1994 promovió, ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, en contra del Alcalde de Barranquilla y de Fonvisocial. En aquella oportunidad el motivo de inconformidad fue la presunta ocupación de parte del predio en donde vive el actor y la destrucción de algunos árboles frutales de los que éste derivaba su sustento, "con la idea de hacer unos gaviones o barreras de piedra para canalizar las aguas". Las pretensiones entonces perseguidas fueron denegadas en primera y en segunda instancia, mediante sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada, toda vez que la Corte Constitucional no seleccionó el caso para revisión.

2. Tratándose del asunto ahora examinado, la Sala observa que las partes comprometidas sostienen posiciones opuestas. En efecto, Fonvisocial argumenta que la protección deprecada por los demandantes no está llamada a prosperar, en la medida en que esa entidad tiene por objeto la construcción de vivienda de interés social y "no tuvo, ni ha tenido nada que ver con las obras públicas anotadas en el libelo de tutela", pese a lo cual "los señores accionantes hacen parte del programa de reubicación de damnificados denominado EL EDEN"; mientras que el señor Alcalde Distrital de Barranquilla puntualiza que las vulneraciones alegadas no se configuran, ya que el Distrito ha desplegado una intensa actuación administrativa que incluye la construcción de algunas obras y la "apropiación presupuestal para la presente vigencia fiscal para la ejecución de la canalización del arroyo EL AFAN (...), obras que alcanzan un mayor valor a los doscientos millones de pesos ($200.000.000.00) y que se encuentra en proceso de elaboración de contrato por parte de la Secretaría de Obras Públicas para que en el segundo semestre del cursante año quede legalizado para iniciar su ejecución..." que, de otro lado, no puede ser impuesta por el juez de tutela.

3. Los demandantes, por su parte, estiman que existe un grave e inminente peligro para sus vidas y las de sus hijos y, con la finalidad de comprobarlo, se refieren a varios conceptos rendidos por expertos a instancias de la Personería Distrital de Barranquilla, conceptos que a juicio de la Sala vale la pena transcribir en lo pertinente:

a) Concepto rendido el 16 de junio de 1994 por los arquitectos Rafael Brochero y Manuel Jiménez, del Departamento de Inmuebles:

"Se realizó la visita técnica ocular en la calle 38B con la carrera 3ª barrio San Nicolás y concretamente al sector del arroyo Don Juan; y conceptuar sobre las obras de canalización que allí se ejecutaron y la influencia de las corrientes sobre las viviendas que allí se levantan. Esta obra está dividida en dos partes referenciadas así:

"-Una primera parte donde se levantan muros en concreto y aliviaderos o escalones en concreto posiblemente para amortiguar la presión de la corriente.

"-Una segunda parte donde se construyeron gaviones conformados por piedras superpuestas una encima de la otra encerradas en una malla de alambre.

"Según lo expuesto por habitantes del sector la primera parte de la obra la ejecutó el Area Metropolitana y la segunda el Distrito de Barranquilla por medio de Obras Públicas mediante contrato al arquitecto Alfredo Galofre.

"Obras comprendidas según lo detallado anteriormente (sic) de acuerdo a la inspección técnica realizada se detallan las siguientes inconsistencias técnicas:

"La construcción de los muros en concreto debió seguir el sentido longitudinal que tienen los gaviones y no quedar con una longitud tan corta para el tramo y la conformación que hace el Arroyo Don Juan en este sector:

"-Al iniciarse las excavaciones se hizo recorte de las áreas de terreno en los patios de las viviendas, quedando éstas con poca área de patio desde el borde hasta donde se levantan los muros de las viviendas.

"-Aún así construyéndose los gaviones la fuerza de la corriente, socavó la parte baja del terreno donde éstos se asientan y penetran al escaso patio de las viviendas, manteniéndose una alta humedad y se visualizan agrietamientos en las paredes de estas viviendas, saliendo el agua por el otro extremo de los gaviones.

"-Al realizarse las excavaciones y recorte de los patios de las viviendas no se tuvo en cuenta la curva que toma el arroyo en este sector y es así como se observa que la corriente de aguas lluvias prácticamente se estrella contra los gaviones que dan hacia los patios de las viviendas, trayendo como consecuencias las detalladas en el punto anterior.

"-En el tramo inspeccionado se visualizan las curvas desproporcionadas que toma el arroyo en este sector, sumándole que de la calle 37B baja un arroyo y sobre todo el frente de las últimas 6 viviendas, toma una depresión del terreno de la calle quedando estas viviendas sobre dos grandes corrientes.

"-Estas viviendas aquí afectadas no cumplen los retiros mínimos a partir del borde del arroyo hasta donde se levantan los muros de cierre de las mismas.

"-El arroyo según lo visto mantiene una corriente de agua estable, sedimentación y maleza".

b) Concepto rendido el 8 de marzo de 1996 por el ingeniero Nicolás Cueto del Departamento de Inmuebles de la Personería Distrital de Barranquilla:

"En visita efectuada al lugar de la referencia, pudimos observar lo siguiente:

"-Bordeando el arroyo Don Juan, como puede apreciarse en el croquis adjunto, están las casas de varias familias (...). Relacionándolas de izquierda a derecha, encontramos a Clímaco Vargas, señora y 2 hijos (#a-11), sigue la de Jorge Armesto Serpa, señora y un hijo (#3ª-19), quienes durante los aguaceros quedan en el 'ojo del huracán' especialmente Clímaco Vargas y familia, que tienen que amarrar camas, mesas, baúles y demás enseres domésticos, para impedir que se los lleve la corriente, mientras afuera (¿cuál afuera, si dentro se les llueve más de lo que dicen afuera?) ruge la tempestad. Siguen otras casas que aunque no tan sacrificadas como las dos ya relacionadas, siempre sufren por el abandono como las entidades distritales las han discriminado.

"Esta zona del Barrio San Nicolás está totalmente desprotegida hasta el punto de que muchas veces los carros recolectores de basura vierten su contenido en los profundos pozos causados por la erosión del terreno que recibe las aguas desde tres direcciones diferentes.

"- Las del arroyo Don Juan, las del arroyo acompañante que entra al otro lado de los muros construidos con la inútil esperanza de contener las aguas y la que le llega por la calle 38B. Como todo lo que recibe este punto contribuye a la fertilización del suelo, en el mismo se ha desarrollado una espesa selva que, desde el lecho del arroyo, 4 metros más abajo, amenaza con cubrir las casas aledañas. También hay peligro de derrumbes que harían necesaria la construcción de muros para conjurarlo.

"Los vecinos se quejan del cobro de servicios de energía eléctrica cuya presencia es bastante rara por aquí y del servicio de aseo, siendo que están viviendo en permanente basurero (esto es muy cierto).

(...)

"En mi opinión, las dos familias más afectadas, Vargas y Armesto, deben ser, en justicia, reubicadas sin detrimento alguno de su *status*. Esta medida tiene carácter de URGENTISIMA, pues las lluvias son inminentes".

c) **Concepto rendido el 20 de agosto de 1997 por el ingeniero Nicolás Cueto Mendoza:**

"En informe de resumen de actividades de febrero de 1996 (...) me permití comunicar a esa oficina el desastroso estado de las dos (2) casas más próximas al arroyo, por causa de las inundaciones y mis recomendaciones sobre la necesidad urgente de adelantar la reubicación de las dos (2) familias, la del señor Vargas y la del señor Armesto, sin detrimento de sus *status* de tipo socio-económico-cultural dentro de la comunidad. Si esto no fuera posible, queda la alternativa de reconstruir los gaviones recubriéndolos de una capa delgada de concreto que proteja las canastas de la humedad, choques de agua y otros, además del plástico que cubre el alambre. Previamente se hará un barrido del lecho del arroyo con auxilio de maquinarias (...).

"Estas son medidas provisionales, en espera de un proyecto de mayor envergadura, parte de otro más amplio que se está estudiando, pero que son necesarias para proteger, aunque sea temporalmente, la integridad y dignidad de estas familias.

"Ultimamente se han presentado huecos en la cabeza del talud, en la parte superior del patio de las casas en mención, por los que circula agua libremente, lo que contribuye a aflojar aún más el terreno y lo predispone para mayores deslizamientos.

"Los señores Vargas y Armesto, han detectado deslizamientos lentos en el cuerpo del terreno. Inicialmente hubo deslizamientos en la base del talud que conforma el arroyo. Estos deslizamientos eran muy pequeños (reptación?) y se detuvieron por la construcción de los gaviones en la pata. Pero, desaparecidos los gaviones, el movimiento continuará, acelerándose por efectos de las lluvias y no es de descartar la posibilidad de que haya un descenso repentino de la cuña de tierra que arrastre en su caída las dos casas en peligro.

"Hay muchos mosquitos por los charcos formados a los lados del arroyo, amén de sapos, culebras, etc., en fin proliferación de todo tipo de alimañas".

4. Lo hasta aquí reseñado deja ver la diferente percepción que del problema tienen las autoridades demandadas y los afectados, dado que mientras estos últimos se encuentran enfrentados a una seria amenaza en contra de la vida y de la integridad propia y de los miembros de sus respectivas familias, sin contar con las violaciones a los derechos a la salud, a la vivienda, al medio ambiente, causalmente vinculadas con los derechos fundamentales mencionados en primer lugar; la Alcaldía Distrital de Barranquilla y el Fondo Distrital de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de esa ciudad consideran que la solución del caso carece de la urgencia que ponen de presente los demandantes y que, por lo mismo, los señores

Armesto y Vargas pueden esperar la continuación de las obras de canalización del arroyo y la construcción de un nuevo proyecto de vivienda, haciendo énfasis en que cualquier ejecución presupuestal escapa al ámbito propio de las órdenes que compete impartir al juez de tutela.

5. Si se tienen en cuenta factores tales como la antigüedad de los reclamos que, según los datos que reposan en autos, se han reiterado ante distintas autoridades desde 1977; la constatación de un peligro inminente, puesto de manifiesto por la Personería Distrital desde 1994; el progresivo deterioro de los gaviones y el abandono de las obras, el agrietamiento de las viviendas, la erosión del terreno, la ya detectada tendencia al continuo agravamiento de la situación, el impacto adverso de las temporadas invernales que hace pensar lo peor, las condiciones insalubres del lugar, etc., surge la inevitable conclusión de que las medidas que las autoridades demandadas dicen haber implementado se revelan insuficientes e inadecuadas para atender con la urgencia requerida la amenaza que soportan los demandantes y sus familias.

6. Se deduce de lo expuesto que en contra de lo que creen los demandados y de lo que sostuvo el Tribunal Administrativo del Atlántico en la sentencia revisada, el núcleo del asunto debatido no consiste solamente en la realización de las los trabajos de canalización del arroyo Don Juan, sino que comporta la adopción de medidas concretas y urgentes que sirvan al propósito de conjurar el peligro que padecen los demandantes y sus familias a causa de unas obras que, de acuerdo con los informes transcritos, acusan fallas técnicas, deterioro creciente y se dejaron inconclusas. Repárese, además, en que lo pretendido por los actores no es tanto la construcción de una obra pública como la rápida iniciación "de las gestiones administrativas para solucionar, eficazmente, el problema...".

7. La actuación oportuna y eficaz se exige de las autoridades en protección del derecho fundamental a la vida que, en sentir de esta Corporación, "es de aplicación inmediata y no limita su alcance a la prohibición absoluta de la imposición de la pena de muerte", de modo que "también comprende la garantía de que la autoridad competente para protegerlo no ignorará el peligro inminente y grave en el que se encuentre un grupo de habitantes del territorio nacional y, más aún que existiendo tal riesgo grave e inminente, si las autoridades no pueden eliminarlo, al menos no contribuirán conscientemente a agravarlo"[1].

8. Las medidas urgentes que se adopten para hacer frente a la situación analizada comprometen a la Alcaldía Distrital de Barranquilla que, so pretexto de la realización de futuras obras, ha omitido la actuación pronta que el caso demanda y también a Fonvisocial, cuya responsabilidad no se encuentra a salvo por la sola circunstancia de no haber "tenido nada que ver con las obras públicas anotadas en el libelo de tutela", pues en autos consta que pese a haber comprobado "la urgente y grave situación de los señores Clímaco Vargas y Jorge Armesto" y recomendado su reubicación "por estar en zonas consideradas de alto riesgo e inundables", la entidad, habiéndolos incluido en varios programas de vivienda durante 1994 y 1995, "hasta la presente no les ha solucionado el problema" (folio 99).

9. Las dificultades de orden presupuestal no impiden a las autoridades implicadas cumplir con sus deberes ni al juez de tutela impartir las órdenes necesarias para que cese la amenaza contra los derechos constitucionales fundamentales de los peticionarios. La Sala ratifica la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la acción de tutela no puede ser convertida en el

[1] Cf. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia No. T-269 de 1996. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

instrumento para introducir desorden en el manejo presupuestal, pues el juez no es ejecutor del gasto. Sin embargo, la autonomía administrativa en la fijación de las prioridades se halla limitada por la primacía que, en la definición de las erogaciones, debe otorgársele a los fines esenciales del Estado, uno de los cuales es la efectividad de los derechos fundamentales.

10. La Corte ha sido enfática al destacar que el juez, "en casos excepcionales y graves, habiendo apreciado en concreto la violación de un derecho fundamental por la falta de determinada inversión y ante comprobada negligencia administrativa", está facultado para "impartir instrucciones a la competente dependencia oficial" con miras a que, actuando dentro de la normatividad vigente, "en la programación posterior del presupuesto se proyecte el recurso necesario para efectuar el gasto y culminar la obra.."[2] y, ante situaciones apremiantes como la que ahora se estudia, la autonomía presupuestal no constituye obstáculo para que el juez imponga las medidas indispensables, pues "cosa distinta es que las órdenes que expida, tendentes al restablecimiento de los derechos fundamentales violados o amenazados a sus titulares por las autoridades, tengan efectos sobre la actividad de los entes administrativos", por cuanto "esas órdenes deben afectar la manera en que las autoridades venían cumpliendo con la función ejecutiva, hasta el punto en que desaparezca la amenaza o violación cuya existencia verifique el juez del conocimiento, así la administración deba, para cumplir con ellas, modificar decisiones discrecionales sobre el empleo eficaz del presupuesto disponible".[3]

11.Sobre las anteriores bases y habida cuenta del riesgo que pende sobre los actores y sus vecinos, tomando en consideración lo dispuesto por la Corte al decidir casos similares[4], la Sala revocará la sentencia revisada y ordenará al Alcalde Distrital de Barranquilla que, si todavía no lo ha hecho, dentro del término de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a elaborar y a poner en práctica, en coordinación con las pertinentes autoridades de ese Distrito, un plan de acción específico para enfrentar las situaciones de desastre que se puedan presentar en el sector donde habitan los demandantes, durante las temporadas invernales que tengan lugar hasta el día en que la administración culmine las obras que tiene proyectadas.

Adicionalmente y ante la evidente afectación de los derechos fundamentales de los demandantes y de los miembros de sus familias y la necesidad de proveer a su inmediata protección, se le ordenará al Alcalde Distrital de Barranquilla y al Gerente de Fonvisocial que, si todavía no han procedido a ello, en coordinación con las autoridades pertinentes, tomen las medidas necesarias para reubicar a los señores Jorge Armesto Serpa y Clímaco Vargas, así como a sus respectivas familias a la mayor brevedad posible y sin exceder, en cualquier caso, el término de un (1) mes.[5]

IV. DECISION

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

---

[2] Cf. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia No. C-158 de 1993. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

[3] Cf. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia No. T-269 de 1996. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

[4] Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-269 y T-270 de 1996.

[5] La orden de reubicar personas la ha impartido la Corte en varias oportunidades. Sobre el particular, pueden consultarse las sentencias T-617 de 1995 y T-548 de 1996, entre otras.

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 29 de septiembre de 1997 y, en su lugar, Tutelar, en favor de los señores Jorge Armesto Serpa y Clímaco Vargas y de sus respectivas familias, los derechos a la vida, a la salud, a la vivienda digna y al ambiente sano.

Segundo. ORDENAR al Alcalde del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla que si todavía no lo ha hecho, dentro del término de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a elaborar y a poner en práctica, en coordinación con las pertinentes autoridades de ese Distrito, un plan de acción específico para enfrentar las situaciones de desastre que se puedan presentar en el sector donde habitan los demandantes, durante las temporadas invernales que tengan lugar hasta el día en que la administración culmine las obras que tiene proyectado realizar.

Tercero. ORDENAR al Alcalde Distrital de Barranquilla y al Gerente de Fonvisocial que, si todavía no han procedido a ello, en coordinación con las autoridades pertinentes, tomen las medidas necesarias para reubicar a los señores Jorge Armesto Serpa y Clímaco Vargas, así como a sus respectivas familias, a la mayor brevedad posible y sin exceder, en cualquier caso, el término de un (1) mes, contado a partir de la notificación de la presente providencia.

Cuarto. El cumplimiento de las medidas dispuestas en los anteriores numerales será comunicado a los obligados por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que ejercerá estricta vigilancia sobre su ejecución.

Quinto. ENVIAR copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo.

Sexto. LIBRESE, por Secretaría, la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-219
mayo 15 de 1998

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Inexistencia de cierre de despacho por paro judicial

TERMINOS JUDICIALES-Inexistencia de dilación injustificada

IUS POSTULANDI-Aplicación

Referencia: Expediente T-151100.

Peticionario: Samuel Alfonso Figueroa Sánchez.

Procedencia: Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-. "Paro Judicial" *Ius postulandi*

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Santa Fe de Bogotá, D. C., a los quince (15) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Carmenza Isaza de Gómez (e) y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-151100, adelantado por el ciudadano Samuel Alfonso Figueroa Sánchez contra el Juez 19 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Dos (2) de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante Auto del 4 de febrero del presente año, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. **Solicitud**

El señor Samuel Alfonso Figueroa Sánchez solicita la protección de los derechos de acceso a la administración de justicia, libre ejercicio de la profesión de abogado, del trabajo y del debido proceso, presuntamente vulnerados por el Juez 19 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

2. **Hechos**

El señor Samuel Alfonso Figueroa Sánchez señala que durante el "paro judicial", especialmente los días 1, 2 y 3 de octubre de 1997, se interrumpieron abruptamente los términos judiciales y el acceso a la Administración de Justicia.

El accionante afirmó que no pudo controlar el proceso que cursa en el Juzgado accionado porque en los días mencionados no hubo atención al público. Es de notorio conocimiento de la opinión pública que el acceso a la justicia se encontró impedido por el cese de trabajo de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional.

Finalmente, expresó el actor que el referido "paro judicial" fue declarado ilegal por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Esta ilegalidad del cese de actividades configuró, necesariamente, el desconocimiento del derecho fundamental a obtener la prestación de un servicio público esencial: el acceso real a la Administración de justicia; a un debido proceso el cual debe desarrollarse dentro de los términos legales sin interrupciones ni demoras y el desconocimiento del derecho de los abogados litigantes a ejercer su profesión y, asimismo, a obtener el sustento propio y el de la familia.

3. Pretensiones

El demandante pretende que por el mecanismo de tutela se ordene al juez accionado que prosiga con el trámite legal del proceso radicado con el número 1193. Solicita también que se permita el acceso al accionante y a su representado, a las dependencias en donde funciona tal despacho judicial y que se tomen las medidas necesarias para evitar que se produzcan represalias contra él por parte de los funcionarios acusados.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. **Primera instancia**

El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- mediante fallo del 15 de octubre de 1997, rechazó la presente acción de tutela por considerar que, ciertamente, se presentó una situación de anormalidad laboral en la Administración de justicia, pero de ello no se infiere, como lo quiere hacer notar el actor, que el Juzgado accionado haya vulnerado el acceso a la Administración de justicia y los demás derechos invocados. En las inspecciones judiciales practicadas al referido Juzgado, los días tres (3) y siete (7) de octubre de 1997, se estableció que no se suspendieron las labores propias de la administración de justicia, puesto que tanto su titular como los empleados cumplieron con las funciones de sus cargos.

2. Impugnación.

Indicó el accionante que con la suspensión de los términos procesales, a consecuencia del paro judicial, quedó plenamente demostrada la violación al debido proceso en cuanto al cumplimiento de los términos judiciales ordenados en la ley y, además, suspendida, así fuese temporalmente, la atención al público; en consecuencia, ha quedado perturbado el ejercicio de la profesión de abogado y, por tanto, el derecho al trabajo.

Comentó el actor que para cuando se produzca el correspondiente fallo de tutela en segunda instancia, ya se habrá levantado el "cese de actividades" de la rama jurisdiccional; por eso, según él, convine recordar que el objeto de la tutela no es solamente el de proteger el derecho constitucional vulnerado o amenazado, sino "...evitar toda violación o amenaza, perturbación o restricción" futura (Art. 23 del Decreto 2591 de 1991).

3. Segunda instancia

El Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, mediante providencia del 13 de noviembre de 1997, confirmó el fallo proferido por el *a quo*, argumentando que resulta plenamente demostrado que en ningún momento el titular ni los empleados del Juzgado 19 Civil del Circuito de esta ciudad, le impidieron al tutelista el libre ejercicio de su derecho al trabajo como abogado litigante, porque las puertas de ese Despacho Judicial permanecieron abiertas y se atendió público durante los días que duró la protesta judicial (folio 90 libro I).

III CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, es competente para revisar los fallos de tutela de la referencia.

2. Lo que se debate

El accionante considera que el "paro judicial" afectó un proceso que cursa ante el Juez accionado -19 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá-, por haberse suspendido de manera abrupta y súbitamente los términos judiciales, negándose, por tanto, el acceso a una pronta y cumplida justicia. Considera también, que al no haber atención al público en el juzgado accionando, se violó el derecho al trabajo, afectando, necesariamente, el sustento del actor y de su familia.

3. Caso Concreto

En el caso *sub lite* se demostró a través de varias pruebas testimoniales, inspecciones judiciales y pruebas documentales practicadas por las instancias que conocieron la tutela (Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- y el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Jurisdiccional Disciplinaria) que el titular y los funcionarios que conforman el Juzgado accionado no paralizaron sus actividades durante el referido "paro judicial".

A esta conclusión se llega a partir de la lectura del acta de la inspección judicial practicada, el 3 de octubre de 1997, por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en el despacho accionado, acta en la que se hacen las siguientes afirmaciones:

> *"...se ha podido acceder al edificio y a los diferentes juzgados...el trabajo de la oficina y el cumplimiento del horario... se ha venido cumpliendo..., con la misma estrictez que lo establecen las normas...se puede acreditar una entrada de negocios al despacho que supera los ciento veinte negocios; de lo cual se anexa copia del documento donde se registran tales entradas; la radicación se ha venido cumpliendo de manera regular y una vez se han recibido las demandas del reparto se ha procedido aquí a su radicación...se ha venido recibiendo correspondencia que normalmente llega a la oficina y procesos de otras oficinas especialmente del Tribunal... La suscrita Magistrada deja constancia que durante el término en que se practicó la Inspección Judicial de 8:30 a 12 M. en que se terminó, observó que tanto el Juez como los empleados estaban laborando normalmente y que se presentaron personas a la baranda de la Secretaría en donde fueron atendidas.*

De igual manera hace constar que cuando ingresó al edificio en donde funcionan estos despachos no tuvo ningún obstáculo para acceder a las instancias como tampoco los tuvo para entrar al Juzgado, pese a que no se identificó como funcionaria. De igual manera hace constar que en el día de ayer dos de octubre a las 5:45 P.M. una vez recibida la tutela que se está tramitando, se procedió a llamar al Juzgado para constatar si allí existía el proceso y la llamada fue atendida por dos de los empleados quienes contestaron afirmativamente en cuanto a la existencia del citado proceso [el proceso en que el accionante es apoderado y considera se interrumpieron abruptamente los términos], lo que indica que estaban laborando en dicho juzgado" (Folios del 13 al 18 del expediente de tutela).

En la diligencia de ampliación de los hechos, realizada el día tres de octubre a las 3:30 de la tarde, el funcionario del Consejo Seccional de la Judicatura preguntó al abogado Figueroa Sánchez: "Sírvase informar si los días miércoles y jueves primero y dos de octubre del presente año, usted ingresó al Juzgado 19 y solicitó el expediente 1193 y en caso afirmativo qué respuesta se le dio y quién lo atendió. CONTESTO: al estar enterado de que el servicio al público estaba suspendido, consideré innecesario hacer peticiones concretas" (folio 22).

De lo anterior concluye la Sala que no existe en el expediente de tutela prueba alguna que demuestre que evidentemente el accionante estuvo en el juzgado accionado los días 1, 2 y 3 de octubre, ni tampoco prueba que demuestre que se haya negado el acceso al expediente o, que no se le hubiera recibido algún documento que fuera a radicar. En cambio, está plenamente demostrado, que tanto el titular del Juzgado como sus funcionarios prestaron en los referidos días el servicio al público de manera normal durante el llamado "paro judicial"[1].

Además de lo anterior, no reposa en el expediente de tutela ninguna prueba de la revocación del poder que se le confirió al actor para adelantar el proceso judicial que le fue confiado, o constancia de los honorarios dejados de percibir por la supuesta inactividad de la rama judicial, razón por la cual esta Sala no evidencia una violación al derecho al trabajo.

Ahora bien, el accionante considera que se ha desconocido por parte del Juzgado accionado el debido proceso en cuanto al cumplimiento de los términos judiciales a consecuencia del "paro judicial" de la Rama, cuestión que ha dilatado de manera injustificada el desarrollo del proceso N° 1193.

Esta Corte ha señalado sobre la dilación en los términos judiciales lo siguiente:

"Por ello, el eventual ejercicio de la acción de tutela ante la mora del juez en decidir sobre un determinado asunto a su consideración dentro del proceso judicial tendría fundamento -como ya lo ha expresado esta Corte- en que tal conducta, en cuanto desconozca los términos de ley y carezca de motivo probado y razonable, implica ***dilación injustificada****, es decir, vulneración palmaria del debido proceso (artículo 29 C.P.) y obstáculo para el acceso de la persona a la administración de justicia (artículo 229 C.P.). El juez se ubica entonces en la hipótesis contemplada por el artículo 229* ibidem*: "Los términos procesales se*

[1] Cabe aclarar que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución No. 3059 del 11 de diciembre de 1997 revocó la Resolución No. 2222 del 1 de octubre de 1997 que había declarado ilegal el cese colectivo de actividades adelantado por funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Cfr. Folio 63 y 64 del expediente de tutela).

observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".(T-334 de 1995 José Gregorio Hernández Galindo).

No obstante, del acervo probatorio allegado al sumario de tutela se demostró cómo el proceso que adelanta el accionante ante el Juzgado 19 no ha sufrido alteración alguna, ni existe prueba anexada al trámite de tutela que evidencie que el "paro judicial" causó dilación injustificada de los términos dentro del proceso adelantado ante el juez accionado. Por el contrario, el juez que conoció la primera instancia de tutela señaló que el proceso "...actualmente se encuentra en el H. Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá -Sala Civil-, en virtud de un recurso de apelación interpuesto durante el trámite y las copias pertinentes están al Despacho del Juez 19 Civil del Circuito, con miras a resolver una solicitud de la contraparte del aquí accionante. Luego es evidente que el proceso no ha sufrido la abrupta interrupción que se alega en la solicitud de tutela" (folio 76 del expediente de tutela).

Por consiguiente, la suspensión de términos que el actor pretende hacer valer como argumento para reflejar la violación del debido proceso carece de fundamento, puesto que no existió la supuesta dilación injustificada. Como quedó anteriormente expresado, el titular del juzgado accionado y los funcionarios laboraron normalmente atendiendo al público, radicando los documentos que les eran presentados por los distintos abogados o particulares que entregaban correspondencia y, asimismo, recibieron los expediente que les fueron repartidos para su conocimiento. Así lo verificó personalmente el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca dando certeza de cómo los varios servidores públicos que trabajan en el juzgado demandado cumplieron sus labores.

Si lo que pretende el accionante al instaurar esta tutela es que se dicten pronunciamientos generales, por parte de esta Sala de Revisión, sobre el "paro judicial", o se sancione la posible falta disciplinaria de los funcionarios que laboran en el Juzgado 19, debe indicarse que ello no compete a esta Corte, sino al procurador general de la Nación, al Consejo Superior de la Judicatura y a los Consejos Seccionales creados por el Constituyente de 1991 para examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial (artículos 256-3 y 277-6 Constitucional).

Sobre el particular ha señalado esta Corte:

"... la responsabilidad de vigilar la conducta oficial de los encargados de prestar funciones públicas es competencia permanente del procurador general de la Nación, atribuciones estas que deberá realizar de conformidad con los criterios, lineamientos y parámetros que al respecto le defina la ley (Art. 277-6 C.P.), siempre y cuando dicha competencia, para el caso de la rama judicial, no haya sido asumida a prevención por parte del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257 C.P.).

"..."

...el término "disciplinario" se refiere exclusivamente a las decisiones que adopte la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o las salas disciplinarias de los consejos seccionales (artículo 256 C.P.)..." (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

De todo lo anterior se colige que no existió un perjuicio irremediable ni violación alguna a los derechos al debido proceso, al trabajo y al acceso a la Administración judicial que alega el actor. Más aún, si tenemos en cuenta que el eventual control que quiso realizar el actor al

mencionado proceso en el día de autos, lo hizo a través de terceras personas[2] que al no tener el *jus postulandi*, carecen de interés legítimo para indagar sobre un determinado proceso.

Estima la Sala que el señor Figueroa, al instaurar la presente tutela actuó de manera precipitada y ligera, y que su condición de abogado le impone, más que a nadie, la responsabilidad de conocer la verdadera naturaleza y alcances de la acción de tutela y, en todo caso, de respetar la Constitución y la ley para no obstruir innecesariamente la Administración de justicia.

Por consiguiente, se confirmaran los fallos de tutela.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, el trece (13) de noviembre de 1997, en relación con la acción de tutela instaurada por el señor Samuel Alfonso Figueroa Sánchez.

Segundo.- ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se comunique esta providencia al h. Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Ponente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

[2] Cfr. Folio 29-Libro II del expediente de tutela.

SENTENCIA T-220
mayo 14 de 1998

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para pago de acreencias laborales

LLAMADO A PREVENCION EN TUTELA-Pago oportuno de salarios

Referencia: Expediente T-155602.

Peticionario: José Luis Verdooren Gámez.

Demandado: Municipio de Fundación – Magdalena.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., en la sesión de la Sala Octava de Revisión a los catorce (14) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33-36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta remitió a la Corte Constitucional, para los efectos de la revisión constitucional, el fallo proferido el 19 de diciembre de 1997.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

José Luis Verdooren Gámez, en su condición de docente del Municipio de Fundación - Magdalena, instauró tutela contra éste último con el propósito de obtener la protección de los derechos constitucionales de que tratan los artículos 13 y 53 de la Carta, considerados vulnerados con la omisión de la referida entidad para cancelar sus salarios desde hace ocho meses al momento de presentar esta demanda.

2. Providencia que se revisa.

Mediante sentencia de 19 de diciembre de 1997, la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta denegó la tutela al considerar que de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-001 de 1997, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, esta vía se torna improcedente para la liquidación y pago de obligaciones de orden laboral. Advierte, así mismo, que no se encontró probado perjuicio irremediable lo que impide la instauración del amparo como mecanismo transitorio.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Carácter formal del medio judicial alternativo

Apoyándose en el carácter subsidiario de la tutela, el juez de conocimiento negó el amparo solicitado argumentando la existencia de otro medio de defensa judicial. Pasó por alto que,

de acuerdo con reiterada doctrina constitucional, ha de estudiarse la procedencia de la tutela no simplemente ante la ausencia legal de un medio judicial alterno, sino que éste debe apreciarse en el caso concreto para determinar si permite o no la protección inmediata del derecho invocado. Si bien es cierto que la misma jurisprudencia ha entendido que este tipo de situaciones son excepcionales, pues el amparo no tiene vocación para sustituir los trámites ordinarios, no lo es menos que aquella ha sostenido que en circunstancias excepcionales este instrumento constitucional es procedente para el pago de acreencias laborales. Estos son justamente los términos de la sentencia que sirvió de fundamento al fallador la cual, cuidándose de caer en generalizaciones, abre esta excepcional posibilidad en los siguientes términos:

> *"La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en sostener que la liquidación y pago de obligaciones laborales escapa al ámbito propio de la acción de tutela, y si bien es cierto ha admitido su procedencia en algunos casos, ellos han sido excepcionales y primordialmente sustentados en la falta de idoneidad del medio ordinario, en los términos que se dejan expuestos, relativos siempre de manera específica y directa a las circunstancias en las que se encuentra el actor, lo cual excluye de plano que pueda concederse el amparo judicial para los indicados fines, masiva e indiscriminadamente.*
>
> *Así, ha encontrado la Corte que puede tutelarse el derecho del trabajador a obtener el pago de su salario cuando resulta afectado el mínimo vital (Cfr. sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-063 del 22 de febrero de 1995 y T-437 del 16 de septiembre de 1996); que es posible intentar la acción de tutela para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso (Cfr. sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-147 del 4 de abril de 1995, T-244 del 1 de junio de 1995, T-212 del 14 de mayo de 1996 y T-608 del 13 de noviembre de 1996); que cuando la entidad obligada al pago de la pensión revoca unilateralmente su reconocimiento, procede la tutela para restablecer el derecho del afectado (Cfr. Sentencia T-246 del 3 junio de 1996); que es posible restaurar, por la vía del amparo, la igualdad quebrantada por el Estado cuando se discrimina entre los trabajadores, para fijar el momento de la cancelación de prestaciones, favoreciendo con un pago rápido a quienes se acogen a determinado régimen y demorándolo indefinidamente a aquellos que han optado por otro (Cfr. Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996); que resulta admisible la tutela para eliminar las desigualdades generadas por el uso indebido de los pactos colectivos de trabajo con el objeto de desestimular la asociación sindical (Sentencia SU-342 del 2 de agosto de 1995. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).*
>
> *En todos los casos mencionados la jurisprudencia ha entendido que se desvirtuaría la Carta Política, en cuanto se quebrantaría la prevalencia del derecho sustancial, el acceso efectivo a la justicia y el principio de economía procesal, en detrimento de los derechos fundamentales en juego, si se forzara el uso del medio judicial ordinario, a sabiendas de su ineptitud en el caso concreto, cerrando de manera absoluta la vía contemplada en el artículo 86 de la Constitución".*

Es claro que en el caso *sub examine* luego del dilatado retraso en el pago de los salarios (se adeudaban ocho meses al momento de instaurar la tutela) no puede pretenderse que el peticionario acuda a las instancias ordinarias, cuando la demora tradicional de las instancias ordinarias haría nugatoria la protección del derecho invocado.

2. **Estado Social de Derecho y derecho al mínimo vital**

Desde una de las primeras providencias relativas al tema que se estudia la Corte ha entendido que dentro del marco garantista del Estado Social de Derecho la protección al trabajador ocupa un lugar destacado, y en consecuencia uno de sus principales derechos -el de recibir oportunamente el salario respectivo- no ha escapado a la doctrina constitucional. Es así como en sentencia T-426 de 1992 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz esta corporación sostuvo:

> *"Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad.*
>
> *(...)*
>
> *Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital -derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. Este derecho constituye el fundamento constitucional del futuro desarrollo legislativo del llamado "subsidio de desempleo", en favor de aquellas personas en capacidad de trabajar pero que por la estrechez del aparato económico del país se ven excluidos de los beneficios de una vinculación laboral que les garantice un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna.*

Esta doctrina ha tenido una evolución desde esta primera sentencia al punto de convertirse en reiterada jurisprudencia de esta Corporación el pago oportuno de salarios bajo circunstancias especiales y sin el propósito de entrar a sustituir los medios judiciales ordinarios que proporciona la legislación laboral. Es así como en un caso similar al que se revisa, la Corte ha sostenido que:[1]

> *"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" (Sentencia T-063/95, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo).*

Y la aguda crisis financiera por la que atraviesa el municipio demandado no puede ser causal justa para negar el pago de las sumas adeudadas. El municipio de Fundación ha debido tomar las medias pertinentes, con la debida antelación, en orden a realizar los trámites

---

[1] En el mismo sentido Sentencias T-426 de 1992, T- 167 de 1994, T- 015 de 1995,T- 146 de 1996, T- 437 de 1996,T- 565 de 1996, T- 641 de 1996, T- 006 de 1997, T- 081 de 1997, T- 234 de 1997, T- 527 de 1997, T- 529 de 1997.

presupuestales necesarios para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con respecto a los docentes, circunstancia que no es aislada sino que ha venido repitiéndose, por lo que en la parte resolutiva se prevendrá a la administración municipal para que no incurra de nuevo en este tipo de omisiones.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto esta Sala 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. REVOCAR la sentencia de diecinueve (19) de diciembre de 1997 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta .

Segundo. CONCEDER la tutela interpuesta. En consecuencia, se ordena al Alcalde Municipal de Fundación - Magdalena la cancelación de los salarios atrasados, si todavía no se ha hecho, en un término máximo de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, con su respectivo reajuste, siempre que exista partida presupuestal disponible. En caso contrario, dentro del término señalado, procederá a iniciar los trámites pertinentes, de todo lo cual informará inmediatamente al juez de instancia.

Tercero. PREVENIR al Municipio de Fundación - Magdalena para que evite volver a incurrir en las omisiones ilegítimas que originaron el presente proceso, so pena de las sanciones legalmente correspondientes.

Cuarto. LIBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-221
mayo 18 de 1998

DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Pago oportuno de mesadas pensionales

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de mesadas pensionales atrasadas

ACCION DE TUTELA-Pago de mesadas pensionales futuras

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de primas e intereses

Referencia: Expediente T-150534.

Procedencia: Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó.

Accionante: Elías José Valencia.

Tema: Reiteración de jurisprudencia sobre pago de mesadas.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El 3 de septiembre de 1997, señor Elías José Valencia Mendoza instauró acción de tutela contra el Departamento del Chocó para que se ordenara a dicha Entidad Territorial el pago inmediato de las mesadas pensionales correspondientes a los meses de julio a diciembre de 1996 y de enero a agosto de 1997 . Además solicitó el pago de la prima de navidad de 1996 y la prima semestral de 1997 más los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

2. Como razón para sus peticiones, afirma el solicitante que en reiteradas oportunidades ha pedido, en su condición de jubilado, que se le cancelen las mesadas, pero el Departamento del Chocó ha sido moroso.

3. Dijo, en declaración ante el *a quo*, que nació el 28 de junio de 1922, tiene por consiguiente 75 años; que su sustento proviene única y exclusivamente de su pensión y que para poder sobrevivir ha necesitado sacar plata prestada al 10% mensual.

4. Considera que se le han violado los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución.

5. De la solicitud de tutela se dio traslado al Gobernador del Departamento quien no hizo ninguna manifestación al respecto.

SENTENCIAS QUE SE REVISAN

a) Fallo del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó

El 17 de septiembre de 1997, el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, concedió la tutela y le ordenó al Gobernador de dicho Departamento que en el término de diez días, contados a partir de la notificación del fallo, debía cancelársele a Elías José Valencia Mendoza no solo las mesadas debidas sino las primas de navidad de 1996 y la semestral de 1997, con los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para tomar tales determinaciones el Tribunal consideró que si bien es cierto el pago oportuno de la pensión de jubilación no es un derecho fundamental, de todas maneras guarda una estrecha relación con el derecho a la vida de las personas de la tercera edad, y, además, "constituye un atentado contra la dignidad humana de los ancianos".

b) Fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda

El 6 de noviembre de 1997, el Consejo de Estado revocó la sentencia que había sido impugnada porque, según el *ad quem*, "lo indicado es que el señor Valencia Mendoza ejerza la acción ejecutiva ante la justicia ordinaria, con el objeto de obtener la satisfacción de sus intereses".

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. JURISPRUDENCIA QUE SE REITERA:

Ha dicho la Corte Constitucional, en la sentencia T-160 de 1997:

> *"Los fallos de instancia son unánimes al señalar el proceso ejecutivo laboral como mecanismo judicial de defensa al que deben acudir los actores, y el que hace improcedente amparar los derechos fundamentales cuya efectividad ellos reclaman. Sin embargo en todos se olvida que la eficacia del mecanismo alterno para*

la defensa de los derechos fundamentales, debe ser evaluada por el juez de tutela teniendo en cuenta la situación del actor (artículo6 del Decreto 2591 de 1991)".

Hecha la anterior precisión, la Corte Constitucional resalta la protección especial a las personas de la tercera edad:

"En los procesos que se revisan, dos de los actores son personas de la tercera edad, y la doctrina constitucional ha sido clara al señalar que la ancianidad es una situación de debilidad manifiesta, que amerita una protección especial ; véanse por ejemplo, las sentencias T-156/95 y T-147/95 Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara".

Otro punto analizado en la sentencia en mención es el del mínimo vital:

"Además, en los tres casos está acreditado que el sustento mínimo vital de los actores y de sus familias depende del pago oportuno de las mesadas pensionales, y ninguno de los demandantes está en condiciones físicas de procurarse otro ingreso acudiendo al mercado laboral. Según la Jurisprudencia reiterada de la Corte constitucional, la verificación de los anteriores hechos es suficiente para que proceda la tutela de manera definitiva y se ordene el restablecimiento de los pagos (ver las sentencias T-212/96, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, T-076/96 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía).

"Además, si bien los actores deberán acudir al proceso ejecutivo laboral para reclamar las mesadas que ya se dejaron de pagar (téngase en cuenta que las rentas naciones son embargables en esta clase de procesos, de acuerdo con la sentencia C-546/92 Magistrados Ponentes Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero), corresponde al juez de tutela ordenar que se garantice debidamente el pago de las mesadas pensionales futuras (ver las sentencias T- 500/96 Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, y T-323/96 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).[1]"

B- **EL CASO CONCRETO**

El señor Elías José Valencia, de 75 años de edad, está jubilado por la Caja de Previsión del Departamento del Chocó, recibe mesadas de $249.553,oo que no se le han cancelado desde julio de 1996 hasta el momento de instaurar la tutela. Expresa dicho señor que vive de su pensión y que por lo mismo el no pago afecta su mínimo vital. No necesita demostrar que la mesada es su único sustento porque tratándose de personas de la tercera edad que obviamente se encuentran por fuera del mercado laboral, la ausencia de ese mínimo vital constituye una violación que afecta el derecho a la vida y a la dignidad.

Por supuesto que el reclamo que también hace de las primas (navidad y semestral) no puede prosperar mediante tutela porque no hacen parte del mínimo vital protegible mediante tutela. Y respeto a los intereses, la pretensión de pagarse mediante tutela escapa a esta clase de acción y debe ser reclamado mediante juicio ejecutivo laboral.

Significa lo anterior que la decisión del *ad quem*, en cuanto no concedió la tutela, debe ser revocada. Pero, eso no quiere decir que automáticamente se confirma el fallo de primera instancia porque en éste no solo se concedió lo referente a las mesadas sino también lo

[1] Sentencia T-160/97, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

referente a las primas y a los intereses y por estos dos rubros no puede invocarse el amparo tutelar; por consiguiente también será revocado pero parcialmente.

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia de segunda instancia, en su totalidad, y la de primera instancia parcialmente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consencuencia, se CONCEDE la tutela, pero solo en cuanto se afectó el mínimo vital del solicitante, y se ORDENA al Gobernador del Departamento del Chocó y al Gerente de la Caja de Previsión de dicho Departamento que reanude el pago de las mesadas pensionales de Elías José Valencia en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, so pena de las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato. No se concede la tutela en los otros aspectos.

Segundo: Por Secretaría se librará de inmediato la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Cópiese, codifíquese, cúmplase, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-222
mayo 18 de 1998

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Pago oportuno de salarios

REMUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL-Pago oportuno de salarios

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago oportuno de salarios

Referencia: Expediente T-153154.

Acción de Tutela instaurada por José Orlando Mendoza Contreras contra Administración Municipal de Pamplona.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los dieciocho (18) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se somete a revisión el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pamplona, en el asunto de la referencia, el cual mediante auto de febrero cuatro (4) de 1998 fue escogido por la Sala de Selección Número Dos.

I. INFORMACION PRELIMINAR

El solicitante, quien se desempeña como empleado de carrera administrativa en la división de Juicios Fiscales de la Contraloría Municipal de Pamplona, alega que desde el mes de septiembre de 1997 no recibe el pago oportuno de sus salarios y en consecuencia se le están vulnerando los derechos fundamentales a una vida digna, al trabajo y a la subsistencia.

De otro lado, adujo el peticionario que si bien no hay dinero en el municipio para sufragar estos gastos, es deber del Alcalde hacer las previsiones o gestiones correspondientes para dar cumplimiento a la ley.

II. DECISION JUDICIAL

Mediante sentencia del 21 de noviembre de 1997, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pamplona resolvió denegar por improcedente la acción de tutela interpuesta respecto del pago de los salarios adeudados de los meses de septiembre y octubre, aduciendo que se cuenta para ello con otros medios y procedimientos judiciales comoquiera que no se evidenció en manera alguna perjuicio irrevocable para que el amparo solicitado prosperase.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar la sentencia antes relacionada, de conformidad con lo previsto en los artículos 86, inciso 2, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, y en el Decreto 2591 de 1991.

2. **Caso concreto**

El tema de los salarios insolutos frente al principio de subsidiariedad de la tutela ha sido manejado por la jurisprudencia de la siguiente manera:

"Frente a situaciones análogas a las que aquí se revisan, ha hecho énfasis la Corte Constitucional en que el pago periódico y completo del salario pactado constituye un derecho del trabajador y una obligación a cargo del patrono, cuyo incumplimiento afecta los derechos a la subsistencia y al trabajo en condiciones dignas y justas.

"La periodicidad y oportunidad de la remuneración buscan precisamente retribuir y compensar el esfuerzo realizado por el trabajador, con el fin de procurarle los medios económicos necesarios para una vida digna y acorde con sus necesidades. Es por ello que el incumplimiento en su pago, ya sea por mora o por omisión, afectan gravemente a trabajadores como los que en este evento demandan, que sólo cuentan con los ingresos que perciben de su actividad como docentes del Departamento y que deben soportar además del impacto de una economía inflacionaria y de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, el fracaso de no lograr créditos y préstamos que solventen su precaria situación, en un Departamento que padece serias crisis financieras.

"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación que el amparo de los derechos fundamentales, como los que aquí se solicitan, es viable cuando el motivo de la violación es la negligencia u omisión de las autoridades públicas ocasionada en los eventos en que conociendo la necesidad de cumplir con los compromisos y acuerdos laborales, como el efectuado en estos casos entre la Gobernación y la Asociación de Educadores del Putumayo, la administración no paga los salarios de sus trabajadores y con ello afecta su mínimo vital, lesiona el derecho al trabajo y compromete otros como la seguridad social y la vida.

"Corresponde entonces a las entidades públicas, efectuar con la debida antelación, todas las gestiones presupuestales y de distribución de partidas que sean indispensables para garantizar a sus trabajadores el pago puntual de la nómina. Cuando la administración provee un cargo está abocada a verificar la existencia del rubro presupuestal que le permita sufragar la respectiva asignación, y de ahí que su negligencia no excuse la afectación de los derechos pertenecientes a los asalariados- docentes, sobre quienes no pesa el deber jurídico de soportarla.

"Por tanto, esta Sala de Revisión amparará la protección de los docentes afectados en el caso presente para garantizar el pago oportuno de sus salarios, pese a la existencia de otros medios de defensa, no tan eficaces como la tutela, para neutralizar los perjuicios irrogados a los trabajadores y la consiguiente violación de sus derechos fundamentales. Así ha procedido la Corte Constitucional en casos similares en donde ha tutelado los derechos invocados en los siguientes fallos: T-167 de 1994, T-063 de 1995, T-146 de 1996, T-565 de 1996, T-641 de 1996, y T-006 de 1997.

"Finalmente se recuerda, que si bien la ejecución de partidas presupuestales es en principio, ajena a los alcances de la acción de tutela, resulta procedente siempre que la causa de la vulneración de los derechos constitucionales sea la

omisión de la autoridad pública que, conocedora de sus compromisos, evade el adelantamiento oportuno y eficaz de las medidas enderezadas a satisfacerlos en forma puntual."(T-234 de 1997).

Si bien es cierto que en el presente caso, el solicitante tiene otra vía para reclamar lo que se adeuda por concepto de salarios, es evidente que la mora en la cancelación de los mismos afecta su mínimo vital y el derecho fundamenta a la subsistencia. Por lo tanto, la tutela habrá de concederse, revocando la decisión de instancia.

DECISION

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Sala 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. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pamplona que negó la protección solicitada, y en su lugar conceder la tutela. Ordenar al Alcalde Municipal de Pamplona para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a cancelar los salarios debidos al señor José Orlando Mendoza Contreras, si aún no lo ha hecho, siempre y cuando exista la debida partida presupuestal.

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

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-223
mayo 18 de 1998

SUBSIDIO FAMILIAR-Naturaleza

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS-Protección especial y prevalente

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS NIÑOS-Carácter fundamental

DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DE LOS NIÑOS-Protección por tutela

El derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental.

NASCITURUS-Protección constitucional/**NASCITURUS**-Protección de derechos fundamentales exigibles

El grupo, los llamados nasciturus, *se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños. La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el* nasciturus *es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales. La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un principio lógico de razonabilidad exige considerar en particular cada uno de los derechos fundamentales, incluso aquellos que se predican exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento.*

NASCITURUS-Oportunidad de exigencia de derechos de orden legal y fundamental

Los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el nasciturus, se radican en cabeza suya desde la concepción, pero sólo pueden hacerse efectivos, sí y solo sí, acaece el nacimiento. Por el contrario, los derechos fundamentales pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado.

DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DEL NASCITURUS-Efectividad al nacer

DERECHO A LA IGUALDAD EN MATERIA DE SUBSIDIO FAMILIAR

Referencia: Expediente T-150960.

Peticionario: Lesvia Ruth Gaviria Aristizábal.

Procedencia: Juzgado Quinto Civil Municipal.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Carmenza Isaza de Gómez y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T-150.960, adelantado por la ciudadana Lesvia Ruth Gaviria Aristizábal contra la Policía Nacional, en representación de su hija, Kelly Tatiana Hoyos.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Doce de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante auto del 10 de diciembre de 1997, 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

Lesvia Ruth Gaviria Aristizábal, actuando en representación de su hija Kelly Tatiana Hoyos Gaviria, solicita la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y a la protección infantil de la menor, supuestamente vulnerados por el Jefe de la Sección de Prestaciones Sociales, Unidad de Primas y Subsidios, de la Policía Nacional, según los siguientes:

2. Hechos

La peticionaria señala que estaba embarazada cuando su esposo, agente de la Policía Nacional, falleció en ejercicio de sus funciones.

Cuando la menor, de nombre Kelly Tatiana, nació, la demandante solicitó a la institución el reconocimiento del subsidio familiar, con el fin de que su hija comenzara a disfrutarlo, al igual que la hermana mayor; sin embargo, el jefe de la sección de Prestaciones Sociales, Unidad de Prima y Subsidio de la Policía Nacional, negó la solicitud con base en un concepto emitido por la asesoría jurídica de prestaciones sociales, según el cual no era posible reconocer el subsidio familiar para Kelly Tatiana pues, para adquirir dicho beneficio, resultaba indispensable acreditar la existencia de la menor al momento de la muerte del causante, mientras que aquella sólo tenía una expectativa de vida para la fecha en que falleció su padre.

Además, la Policía Nacional advirtió que, según el artículo 109 del Decreto 1213 de 1990, la partida de subsidio familiar no puede sufrir variación alguna por hechos ocurridos después del retiro o la muerte del miembro de la institución.

3. Pretensiones

La demandante solicita que a su hija se le conceda el subsidio familiar que reclamó ante la Policía Nacional.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Unica instancia

Mediante providencia del 25 de septiembre de 1997, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá decidió negar el amparo solicitado.

En primer lugar, el despacho judicial consideró que la Policía Nacional no violentó el derecho a la igualdad de la menor al negarle el subsidio familiar, porque no se probó en el trámite de tutela que en circunstancias fácticas similares otra persona hubiese salido favorecida con dicha prestación.

Adicionalmente, el Juzgado advierte que en punto a la vulneración de los derechos del menor, del estudio de la normatividad pertinente, tanto de la invocada por la peticionaria como la aducida por la Policía Nacional, no aparece definido con plena claridad el derecho al subsidio solicitado. Según el fallador, el procedimiento de tutela "no permite la declaratoria de derechos que no gozan de una clara existencia en el mundo jurídico" y, por consiguiente, la protección que se pide debe ser desestimada.

2. Pruebas solicitadas por la sala novena de revisión

Mediante Auto del 20 de abril de 1998, la Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional decidió decretar una prueba, con el fin de mejor proveer la decisión por tomar. Esta fue recibida el 5 de mayo del mismo año, según informe de la misma fecha suscrito por la Secretaría General de esta Corporación.

La División de Prestaciones de la Policía Nacional, mediante oficio # 2837 del 28 de abril de 1998 hizo las siguientes precisiones:

"1° Las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la muerte del citado Agente, fueron calificadas en el informe administrativo 336 del 29 de agosto de 1993, concluyendo que ésta se presentó en actos especiales del servicio, tal como lo dispone el artículo 123 del Decreto 1213 de 1990. Por tal razón fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, mediante resolución 9874 del 1° de octubre de 1993.

"2. El Agente laboró un tiempo de 1 año, 9 meses y 3 días, razón por la cual, de acuerdo con lo señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (por haber sido ascendido en forma póstuma), tiene derecho al reconocimiento del 50% del monto de las partidas computables para prestaciones sociales, como pensión para los beneficiarios.

"3.A la Señora Lesvia Ruth Gaviria Aristizábal, se le cancelaron las prestaciones sociales, incluyendo un 35% de subsidio familiar (30% por el cónyuge y un 5% por la menor Yuli Vanessa Hoyos Gaviria), igual porcentaje recibe la pensión que cobra. No se le reconoció subsidio familiar a la menor Kelly Tatiana Hoyos Gaviria, por cuanto nació con posterioridad al deceso de su padre (28 de febrero de 1994), cuando el causante falleció el 8 de agosto de 1993. Al tenor de lo dispuesto en los artículos 46 y 109 del Decreto 1213 de 1990 Estatuto de Agentes, concordante con los artículos 82 y 150 del Decreto 1212 de 1990, por haber sido ascendido a Suboficial, el subsidio familiar no sufre variación por hechos posteriores al retiro o muerte y atendiendo además el contenido del artículo 93 del Código Civil, que dispone la delación de la herencia a la criatura que está por nacer, de los derechos radicados en cabeza del titular, al momento de la muerte.

"Como se observa, la posibilidad de adquirir el derecho de reconocimiento de un 4% más por concepto de subsidio familiar por la menor Kelly Tatiana, era apenas una mera expectativa que tenía el entonces Agente Hoyos Reyes Nelson Javier."(subrayas fuera del original).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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.

Cuestión Previa

1. La solicitante pretende que a través de la acción de tutela, la Policía Nacional le reconozca a su hija menor, nacida después de la muerte de su esposo, el derecho a recibir el subsidio familiar que ofrece la institución a los hijos de sus miembros.

Esta Sala de Revisión debe analizar, en consecuencia, la Sentencia de instancia que le negó el beneficio a la solicitante para determinar si los argumentos expuestos en ella son susceptibles de respaldo, o no lo son.

Antes debe aclarar que dentro del expediente se encuentran sendas copias auténticas del registro de matrimonio de Lesvia Ruth Gaviria Aristizábal y Nelson Javier Hoyos Reyes, registro de defunción de este último y registro de nacimiento de Kelly Tatiana Hoyos Aristizábal, quien nació seis meses y veinte días después del deceso de su padre.

La decisión judicial que se revisa

2. La providencia del juzgado de instancia que decidió denegar la protección, se apoya en el hecho de que dentro del expediente de la referencia "no existe prueba que indique que otras personas hayan sido beneficiadas por el subsidio echado de menos por la petente en circunstancias similares a las que narra...".

En primer lugar, esta Sala de Revisión considera que si bien la aseveración del juzgado es cierta, pues nada indica que la Policía Nacional hubiera favorecido la solicitud de otra persona puesta en las mismas circunstancias que la demandante, el análisis sobre la viabilidad de la presente acción no debió ceñirse a esa sola apreciación.

3. En su escrito incoatorio, la demandante manifestó que la conducta de la Policía Nacional no sólo vulneraba el derecho a la igualdad de su hija, sino que atentaba contra la protección prevalente que la Constitución Política prescribe para los niños.

Sin embargo, el juez de instancia no abordó con la profundidad requerida el asunto de la posible vulneración de los derechos de los niños. En un párrafo de escasas ocho líneas, el funcionario judicial despachó desfavorablemente la solicitud por considerar que la normatividad allegada por la demandante y por la institución, no permitía dilucidar las condiciones para acceder al derecho del subsidio familiar del menor. El juez de tutela olvidó, en suma, hacer referencia a las premisas que orientan el régimen de protección de los menores.

El derecho al subsidio familiar

4. Sea lo primero decir que el subsidio familiar ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una prestación derivada del derecho a la seguridad social. En efecto, la Sentencia C-508/97, (M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), se refirió a la naturaleza de esta prestación en los siguientes términos:

"El subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

"Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social." (Sentencia C-508/97 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa) (Subrayas fuera del original).

5. Reconocida como está la naturaleza del derecho al subsidio familiar, esta Sala de Revisión debe analizar si dicha prestación es susceptible de protección por vía de tutela, teniendo en cuenta que en el caso *sub judice* se trata de los derechos de un menor de edad. Para tales efectos, es procedente primero que se haga un breve esbozo de la manera como la jurisprudencia de esta Corporación ha tratado el tema de los derechos fundamentales de los niños.

Los derechos de los niños

6. El artículo 44 de la Constitución Política establece:

"ARTICULO 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

"Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

7. En desarrollo del precepto constitucional transcrito y de manera unánime, la Corte Constitucional ha reconocido en su extensa jurisprudencia que los niños gozan de una especial y prevalente protección por parte del Estado. Otras disposiciones constitucionales, como los artículos 42, 50, 53, 68 y 356, se encargan así mismo de consagrar privilegios en favor de la niñez, a cargo de los padres y del conglomerado social. Además, la Corte ha entendido que la

Constitución también se refiere a los niños cuando prevé en su artículo 13 una protección especial para aquellas personas que por sus condiciones particulares, se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Por ello, esta Corporación recalca en el hecho de que la protección al menor debe ser tan amplia como jurídica y económicamente resulte factible.

8. Adicional a lo anterior, se ha establecido por parte de la jurisprudencia que la protección especial ofrecida a los niños no sólo proviene de la legislación interna sino de los tratados y convenios internacionales adoptados por Colombia, que a la luz del artículo 93 superior prevalecen sobre la normatividad doméstica.

9. Consecuencia directa de esta protección es que muchos de los derechos sociales, económicos y culturales que no son fundamentales sino por conexidad, adquieren esta categoría cuando su titular es un menor de edad. Tal sucede, por ejemplo, con los derechos prestacionales a la seguridad social y a la salud: para las personas adultas, éstos no son derechos fundamentales, a menos que se pruebe por conexidad que su vulneración afecta uno de estos últimos[1]; sin embargo, en los niños, por virtud de esa aludida prevalencia y protección especial de que habla la Carta Política, sí adquieren tal categoría. Tal es el sentido de la siguiente cita jurisprudencial:

> *"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." (SU-043/95 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz) (Subrayas por fuera del original).*

10. El corolario procesal del anterior principio es que, a diferencia de las acciones interpuestas en favor de los adultos, las tutelas encaminadas a proteger, entre otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores, proceden sin necesidad de que la relación causal entre la vulneración del derecho prestacional y el perjuicio del derecho fundamental quede demostrada; entre otras cosas, porque según el artículo 42, numeral 9, del Decreto 2591 de 1991, se presume la indefensión de los niños en cuyo favor se interpone una acción de tutela. La Corte ha tenido la oportunidad de verter sobre este asunto los siguientes conceptos:

> *"No obstante, en la Constitución ha sido señalado de manera expresa el caso de los niños, cuyo derecho a la seguridad social es fundamental y susceptible, por tanto, de ser reclamado, mediante el ejercicio de la acción de tutela, de manera inmediata aunque no incondicional.*
>
> *"Ello es así por cuanto el artículo 44 de la Carta enuncia este derecho entre los que se reconocen a los niños con carácter prevalente, a la par que el 48 supedita la prestación del correspondiente servicio público a los términos y forma que determine la ley.*
>
> *"La Sala Plena de la Corte, en el aludido fallo, dejó en claro que el trato especial otorgado por el Ordenamiento a los menores tiene el alcance de una preeminencia o primacía, que debe su razón de ser, como esta Sala lo ha advertido reiteradamen-*

[1] Cfr. entre otras, Sentencias SU- 111/97, SU-480/97 y T-322 de 1997.

te, a las condiciones de debilidad e indefensión que los caracteriza, dada la crucial etapa de formación física y mental por la que atraviesan, y a la promesa que su sana supervivencia representa para la sociedad del futuro.

"Es evidente que las obligaciones radicadas en las entidades y organismos, públicos y privados, que tienen a su cargo la seguridad social se intensifican y amplían en la medida en que estén de por medio la salud y la vida de los niños, por lo cual, tratándose de ellos, aumentan de modo considerable las posibilidades de su vulneración por negligencia, descuido o desconocimiento del nivel preferente al que han sido elevados por la propia Constitución.

"Ello se refleja a nivel internacional en la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por Colombia y aprobada mediante la ley 12 de 1991, y en el orden interno en la clara advertencia del Decreto ley 1298 de 1994, mediante el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuyo artículo 10 establece:

" 'Artículo 10. ***Derecho a la seguridad social para los niños.*** *De conformidad con lo dispuesto en la ley 12 de 1991, el Estado reconocerá a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, y adoptará las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación vigente'". (T-001/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).*

De lo dicho con anterioridad puede colegirse que el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental.[2]

11. Analizado este punto, resulta imprescindible volver al contenido de la providencia del Juez Quinto Civil Municipal, pues éste sostiene que no existe claridad sobre la titularidad del derecho a la prestación social reclamada para la menor en cuyo favor se interpone la tutela. Al respecto conviene hacer referencia al concepto emitido por la Oficina Jurídica de la Policía Nacional, que sirvió de base para que esta institución negara el reconocimiento de la prestación social, pues, de seguro, éste contribuyó a que el juez se declarara confundido respecto de la titularidad del mencionado subsidio. Adicionalmente, se hará referencia al oficio que la misma institución remitió a esta Sala de Revisión, en cumplimiento de los dispuesto por el Auto del 20 de abril del año en curso.

Dice el concepto que para adquirir el beneficio del subsidio familiar es necesario probar la existencia del menor en los términos señalados por el artículo 90 del C.C. "separarse completamente de la madre y haber sobrevivido siquiera un momento" (sic) y no la mera expectativa de vida.

El concepto incurre en una imprecisión jurídica que se intentará resaltar, luego de hacer algunas precisiones sobre los derechos de quienes están por nacer.

12. La Corte Constitucional debe recordar que este grupo, el de los llamados *nasciturus*, también se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños.

---

[2] Cfr. Sentencias T-703/96 y T-202/97.

La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el *nasciturus* es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales[3]. La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. Tanto así, que en desarrollo de los preceptos constitucionales, la legislación penal castiga severamente las conductas que conducen al menoscabo de dichos intereses (Art. 343 Código Penal), y la civil concede facultades expresas al juez para custodiarlos (Art. 91 Código Civil).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un principio lógico de razonabilidad exige considerar en particular cada unos de los derechos fundamentales, incluso aquellos que se predican exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento. Obviamente, derechos fundamentales como el derecho a la libertad personal o libertad de cultos, el derecho al debido proceso o el derecho a la recreación no pueden ser objeto de protección prenatal porque la propia naturaleza de su ejercicio no es compatible con el ser que aún no ha dejado el vientre materno.

13. Algo similar ocurre con los derechos de rango legal derivados, no de las condiciones inherentes a la naturaleza humana, sino de la ley positiva. Aunque de las normas señaladas podría deducirse la absoluta consagración del principio según el cual "*el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto que le favorezca*", lo cierto es que en materia de derechos de origen meramente legal, la ley ha sometido su goce a la condición suspensiva de que la criatura nazca. Al decir del artículo 93 del Código Civil, los derechos se encuentran en suspenso hasta que se verifica el nacimiento. "*Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron.*" Sólo en el caso de que la criatura muera dentro de la madre, perezca antes de estar completamente separada de ella o no sobreviva a la separación un momento siquiera, los derechos pasan a terceras personas como si el individuo jamás hubiese existido. Debe entenderse que el artículo 93 hace referencia a los derechos de rango legal, porque, como se ha dicho, los derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatibles con la circunstancia de no haber nacido, no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento.

14. De todo lo dicho puede concluirse que los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el *nasciturus*, se radican en cabeza suya desde la concepción, pero sólo pueden hacerse efectivos, sí y sólo sí, acaece el nacimiento. Por el contrario, los derechos fundamentales, bajo las condiciones antedichas, pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado.

15. Salta a la vista entonces el yerro en que incurrió la Oficina Jurídica de la Policía al emitir el concepto pertinente, que sirvió de base a la División de Prestaciones Sociales para negar la solicitud y que, a su vez, fue refrendado mediante el oficio que esa dependencia

[3] Cfr. Sentencia T-179/93.

remitió a esta Sala de Revisión en cumplimiento de lo ordenado por el Auto del 20 de abril de 1998.

La Policía Nacional desconoció que el alumbramiento actualizaba en cabeza del recién nacido todos los derechos que tenía en suspenso desde el momento de la concepción, en particular, el derecho fundamental al subsidio familiar como derivación del derecho a la seguridad social. Por eso, la menor en favor de quien se interpone esta tutela, contrario a lo sostenido por la entidad demandada, adquirió el derecho al subsidio familiar desde el instante en que fue engendrada -a pesar de que sólo pudo hacerlo efectivo después de nacer-, debido a que así lo imponía la naturaleza misma de la prestación.

De otro lado, la misma institución reconoció que la hermana mayor de Kelly Tatiana -Yuli Vanessa- fue favorecida con los 5 puntos porcentuales que el artículo 46 del Decreto 1213 de 1990 reconoce para el primogénito de los agentes de policía. Así mismo, acepta que la circunstancia de no haber nacido, impidió que se le otorgase el 4% adicional sobre la partida del subsidio familiar que el mismo artículo concede a los demás hijos del agente. En estas condiciones, la decisión de la institución tutelada no sólo desconoció la normatividad de los derechos que penden sobre el que está por nacer, sino que adujo, como razón para negar el beneficio, una circunstancia fáctica que la ley tiende a favorecer, antes que a perjudicar.

16. El juez Quinto Civil Municipal de Bogotá no analizó estas consideraciones cuando estudió la vulneración a los derechos de la niña Kelly Tatiana Hoyos. De haberlo hecho, habría llegado a la conclusión de que los argumentos de corte reglamentario expuestos por la Policía Nacional, relacionados con la imposibilidad de modificar la partida de subsidio familiar después de liquidada la pensión, no tenían el poder de imponerse sobre la evidente y reiterada prevalencia que la Constitución le da a los derechos de los niños - tanto a los nacidos como a los que están a punto de hacerlo-.

Al respecto cabe hacer la siguiente precisión: La Policía Nacional señaló que el artículo 109 del Decreto 1213 de 1990, impone la restricción de modificar la partida de subsidio familiar incluida en la liquidación de la pensión, por hechos ocurridos después "*del retiro o muerte del Agente*"(sic). La norma dispone al tenor literal: "*A partir de la vigencia del presente Decreto, la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones a que se refiere el artículo 100 de este Estatuto, no sufrirá variaciones de ninguna especie. Tampoco habrá lugar a la modificación e inclusión de dichas partidas por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del Agente. Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Agente se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía*".

Para esta Sala de Revisión, la interpretación de la norma en el sentido de que el nacimiento es un hecho posterior a la muerte que impide la modificación de la partida de subsidio familiar no es un argumento de recibo, pues de lo que ha sido expuesto, incluso a riesgo de incurrir en molesta reiteración, se concluye que el hecho genitivo de esa prestación no es el alumbramiento sino la concepción. El procedimiento hermenéutico adelantado por la Policía conlleva una vulneración del derecho a la igualdad de la menor Kelly Tatiana, pues le impide disfrutar el beneficio que legítimamente le asiste de recibir un porcentaje correspondiente al subsidio familiar, tal como lo hace su hermana mayor. Como se ha recalcado, la circuns-

tancia de no haber nacido no puede entenderse como criterio para establecer este tipo de diferencias que van en absoluta contravía de las normas constitucionales que reconocen en el subsidio familiar de los menores un derecho fundamental. Si los preceptos de rango superior son los que obligan a las autoridades estatales a proteger especialmente el derecho del niño, no se entiende cómo puedan esgrimirse normas de inferior rango para desconocerlo.

Por las razones anteriores, la sentencia proferida en única instancia debe ser revocada y, en su lugar, se tutelarán los derechos invocados por la peticionaria ordenándosele a la Policía Nacional el subsidio familiar que se reclama. Para tales efectos, se reliquidará la pensión recibida por la madre con base en el incremento porcentual que le corresponde a su hija, desde el momento en que aquella elevó la reclamación ante la División de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional, pues se entiende que desde ese instante surgió para ella la necesidad de contar con el apoyo económico del subsidio.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la Sentencia proferida el 25 de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997) por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, en el proceso de tutela incoado por la señora Lesvia Ruth Gaviria Aristizábal en contra del Jefe de Sección y Prestaciones Sociales, Unidad de Prima y Subsidio de la Policía Nacional, por las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo. CONCEDER la protección del derecho a la seguridad social de la menor Kelly Tatiana Hoyos. Para tales efectos, se ORDENARA a la Policía Nacional, División de Prestaciones Sociales, que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación del presente fallo, RELIQUIDE la pensión recibida por la madre, con base en el incremento porcentual que le corresponde a su hija por concepto del subsidio familiar.

Tercero. LIBRESE por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)
–Con aclaración de voto–

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA T-223
mayo 18 de 1998

Referencia: Expediente T-150960.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

No obstante compartir la decisión de tutelar el derecho a la seguridad social de la menor Kelly Tatiana Hoyos, por las consideraciones que obran en la parte motiva de la sentencia: los derechos de los niños y el derecho a la igualdad, estimo que no eran necesarias las consideraciones sobre el *nasciturus,* pues los derechos que reclamaba la madre, ante la entidad demandada, corresponden a los que tiene su hija, que nació el 28 de febrero de 1994, y no los de quien no había nacido.

La entidad demandada, al negar el subsidio familiar a la menor, una vez ésta empezó su existencia legal, desconoció que cuando ocurrió su nacimiento, ella entró a gozar de los derechos que tenía diferidos.

Es decir, la Policía Nacional desconoció que "Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se difirieron". (artículo 93 del Código Civil) (se subraya).

En consecuencia, no era necesario entrar a analizar los derechos del nasciturus, pues no eran éstos los que se estaban vulnerando, sino los de una persona con existencia constitucional y legal reconocida.

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

SENTENCIA T-235
mayo 21 de 1998

DERECHO DE PARTICIPACION-Carácter fundamental/**DERECHO DE PARTICIPACION DE TODOS EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN**-Protección por tutela

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada e invariable en el sentido de que el derecho citado no solamente es constitucional fundamental, sino también, de acuerdo con el artículo 85 de la Carta, de aplicación inmediata. Consiste básicamente en que aquellas personas llamadas a ejercerlo, pues para ello se requieren ciertas condiciones, puedan hacerse presentes y participar en todos los procesos de toma de las decisiones que les interesen, tales como elecciones, plebiscitos, referendos, ingresar o conformar partidos políticos e, incluso, la posibilidad de ejercer control sobre las personas u órganos que detentan el poder político. Es un claro desarrollo del Preámbulo y los artículos 1 y 2 del Estatuto Fundamental, en los cuales el Constituyente expresamente le señala al Estado colombiano un "marco jurídico, democrático y participativo", con la finalidad de, entre otras, "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan", lo cual guarda estrecha relación con el aspecto político del Estado, consistente en las múltiples relaciones de poder que se desenvuelven en el interior de la comunidad. Luego, la participación de los gobernados en los procesos de toma de decisiones y en el fondo de estas mismas, es una de las tantas manifestaciones del derecho fundamental al que se alude en esta oportunidad, derecho amparable por medio de la acción de tutela cuando, por acción u omisión, se ve amenazado o ha sido efectivamente vulnerado, siempre que, la vulneración o amenaza subsistan en el momento de pronunciarse el juez constitucional.

JUEZ DE TUTELA-Afectación cierta y actual de derechos

En reiterada jurisprudencia, la Corte ha sentado el criterio según el cual, para que el juez de tutela pueda hacer efectivo el goce de un derecho constitucional fundamental o, en casos excepcionales, uno no fundamental pero estrechamente vinculado con él, es necesario que la amenaza o violación efectiva sean ciertas y actuales, en vista de que la protección debe ser eficaz y se torna improcedente, cuando el daño se ha producido "en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado".

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto

DERECHO DE PARTICIPACION EN LA CONFORMACION, EJERCICIO Y CONTROL DEL PODER POLITICO-Conglomerado universitario

Cuando los integrantes de una comunidad educativa o de otra índole cualquiera se inmiscuyen en un proceso tendente a elegir las personas que van a dirigir los destinos de

la comunidad, sin duda ejercen el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, pues si se ha sostenido que éste es desarrollo del principio de participación a que se refieren el Preámbulo y los artículos 1 y 2 constitucionales, resulta que se ejerce cuando se tiene injerencia en las decisiones que interesan al conglomerado, en este caso, universitario.

DERECHO DE PARTICIPACION DE TODOS EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN-Elección de rector y decano de universidad estatal

EJERCICIO DE PODER POLITICO-Ambito de acción

DERECHO A LA IGUALDAD-Facultad de elegir en universidad

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no ejercicio oportuno de recursos

Es necesario reiterar la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la acción de tutela no puede ejercerse como una nueva oportunidad de obtener lo que habiéndose solicitado en tiempo se hubiera obtenido y menos para revivir plazos agotados.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Anulación de proceso electoral y reapertura

Referencia: Expediente T-153307.

Demandante: Deisy María Núñez Pérez.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santa Fe de Bogotá D. C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

Deisy María Núñez Pérez, en ejercicio de la acción de tutela dispuesta en el artículo 86 de la Constitución Política, demanda a la Universidad del Atlántico a quien imputa la amenaza de sus *"derechos fundamentales de elegir, a la igualdad y el debido proceso"*, con el fin de que el juez constitucional los ampare.

1. Hechos

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia del 15 de abril de 1997, tuteló el derecho a la igualdad de tres aspirantes a la Universidad del Atlántico, quienes, a pesar de haber presentado puntajes altos en las pruebas de ingreso, fueron desplazados por los beneficiarios del Acuerdo 16 de 1988, expedido por la universidad y que beneficiaba a los cónyuges e hijos de docentes y empleados de la misma, en el sentido de eximirlos del examen de admisión correspondiente. El Tribunal, en consecuencia, protegió el derecho invocado por los demandantes y le ordenó al *alma mater* excluir de la lista de admitidos a quienes siendo beneficiarios del Acuerdo no reunieran los requisitos mínimos de inscripción, para que, cumplido lo anterior y siempre y cuando reunieran dichos requisitos, pudieran ingresar aquellos aspirantes que hubiesen obtenido los mejores puntajes, con preferencia sobre los simples beneficiarios del Acuerdo.

En cumplimiento de la orden del juez de tutela, la Universidad del Atlántico expidió la Resolución 009 de abril de 1997, excluyendo a todos aquellos aspirantes beneficiarios del Acuerdo 16 de 1988 que no hubieren obtenido puntajes óptimos para ingresar a la institución, los cuales sumaron, en total, un número de 36. En esta forma, Deisy María Núñez Pérez, ahora demandante, y quien inicialmente había sido excluida, pudo ingresar a la Facultad de Ciencias Jurídicas, de la cual es actualmente estudiante activa, en reemplazo de uno de aquellos 36

beneficiarios a quienes se les canceló la matrícula por disposición del Tribunal Administrativo del Atlántico.

Posteriormente, por intermedio de las Resoluciones números 001949 y 001950 expedidas el 3 de octubre de 1997, el Rector de la Universidad demandada convocó a todos los profesores y estudiantes de la misma para que eligieran Decanos de las diferentes facultades y participaran en una consulta con el fin de escoger candidatos a la Rectoría, el día 5 de noviembre de ese año, en cumplimiento de las cuales la Secretaría General de la universidad, el 23 de octubre de 1997, publicó las listas de los estudiantes y profesores que podían votar.

Manifiesta la demandante haber sido excluida de dicha lista, porque en la Universidad del Atlántico existe una persecución en contra de quienes se beneficiaron con el fallo de tutela aludido, pudiendo ingresar por encima de las disposiciones de un acuerdo que beneficiaba a personas que tuvieran lazos familiares con profesores y empleados suscriptores de una convención colectiva de trabajo celebrada con la universidad. Añade que con la exclusión de quienes ingresaron así a la universidad, para convocar a las elecciones y la consulta precisamente a quienes se le canceló la matrícula, según el fallo de tutela, se pretende manipular los procesos electorales en favor de dos candidatos, sin señalar en concreto de quiénes se trata.

2. **Pretensiones**

La demandante solicita *"provisionalmente ordenar de manera inmediata la suspensión del proceso electoral"*, hasta que se resuelva de fondo el asunto; *"incluirme en la lista para poder votar"*, anulando la inscripción irregular de quienes, según el fallo de tutela, no tienen actualmente la calidad de estudiantes y *"anular el proceso electoral y ordenar que se abra nuevamente con plenas garantías para todos los aspirantes y electores"*.

II. FALLO EN REVISION

Considerando que en el presente caso no se eligieron autoridades con poder político, sino con simple autoridad académico-administrativa, razón por la cual no hubo vulneración del derecho consagrado en el artículo 40 de la Carta; que la demandante no utilizó los mecanismos dispuestos en las Resoluciones 001949 y 001950 para comunicar la exclusión de su nombre en la lista de electores, y que no probó ninguna de sus afirmaciones, el Tribunal Administrativo del Atlántico, en fallo emitido el 14 de noviembre de 1997, denegó la acción de tutela de la referencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. **La Competencia**

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para pronunciarse en el asunto de la referencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política, y los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, habiendo sido seleccionado por la Sala correspondiente y repartido al Magistrado Sustanciador, de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

Segunda. **La Materia**

Aunque la demandante invocó los derechos consagrados en los artículos 13, 29 y 40 de la Constitución Política, la Sala hará énfasis en reiterar la jurisprudencia de la Corte sobre tres temas específicos: primero, el derecho constitucional fundamental a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político; segundo, el hecho consumado y tercero, la falta de competencia del juez de tutela para decidir, cuando el conflicto es asignado por ley a otro juez.

1. **El derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político.**

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada e invariable en el sentido de que el derecho citado no solamente es constitucional fundamental, sino también, de acuerdo con el artículo 85 de la Carta, de aplicación inmediata[1]. Consiste básicamente en que aquellas personas llamadas a ejercerlo, pues para ello se requieren ciertas condiciones, puedan hacerse presentes y participar en todos los procesos de toma de las decisiones que les interesen, tales como elecciones, plebiscitos, referendos, ingresar o conformar partidos políticos e, incluso, la posibilidad de ejercer control sobre las personas u órganos que detentan el poder político.

Es un claro desarrollo del Preámbulo y los artículos 1 y 2 del Estatuto Fundamental, en los cuales el Constituyente expresamente le señala al Estado colombiano un *"marco jurídico, democrático y participativo"*, con la finalidad de, entre otras, *"facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan"*, lo cual guarda estrecha relación con el aspecto político del Estado, consistente en las múltiples relaciones de poder que se desenvuelven en el interior de la comunidad. Así, un Estado constitucionalmente denominado "democrático", lo menos que puede garantizar es la injerencia de quienes van a ser afectados con el ejercicio de tales relaciones de poder, traducidas generalmente en decisiones con incidencia sobre sus libertades, derechos, patrimonio y demás ámbitos propios del desenvolvimiento en sociedad.

Luego, la participación de los gobernados en los procesos de toma de decisiones y en el fondo de estas mismas, es una de las tantas manifestaciones del derecho fundamental al que se alude en esta oportunidad, derecho amparable por medio de la acción de tutela cuando, por acción u omisión, se ve amenazado o ha sido efectivamente vulnerado, siempre que, como en el siguiente apartado se analiza, la vulneración o amenaza subsistan en el momento de pronunciarse el juez constitucional.

2. **El hecho consumado**

También en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sentado el criterio según el cual, para que el juez de tutela pueda hacer efectivo el goce de un derecho constitucional fundamental o, en casos excepcionales, uno no fundamental pero estrechamente vinculado con él, es necesario que la amenaza o violación efectiva sean ciertas y actuales[2], en vista de que la protección debe ser eficaz y se torna improcedente, cuando el daño se ha producido *"en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado"*[3].

Es por eso que la disposición citada, en relación con este tema, diferencia claramente dos situaciones, a saber: cuando el hecho se ha consumado antes de la iniciación de la acción de tutela, caso en el cual debe aplicarse la causal de improcedencia descrita en el numeral 4° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, salvo que *"continúe la acción u omisión violatoria del derecho"*. Y de otro lado, cuando en el momento de expedir su sentencia el juez advierte que el acto o la omisión impugnadas se hubieren consumado en forma que no sea posible restablecer los derechos quebrantados, caso en el cual debe aplicarse lo dispuesto en el

---

[1] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias C-145 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-089 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-180 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-194 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-586 de 1995, MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Eduardo Cifuentes Muñoz; y C-275 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, entre otras.

[2] Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, sentencia T-494 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y Sala Octava de Revisión, sentencia T-696 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

[3] Decreto 2591 de 1991, artículo 24.

artículo 24 del decreto mencionado, para simplemente prevenir *"a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela"*.

3. **El caso concreto**

En el momento de iniciar la presente acción de tutela, la demandante pretendía la suspensión de los procesos de elección de Decanos de las diferentes facultades y de consulta con el fin de escoger candidatos a la Rectoría de la Universidad del Atlántico, para lo cual solicitó expresamente al *a quo* que tomara las medidas provisionales señaladas en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, mientras se fallaba el fondo del asunto. El Tribunal Administrativo del Atlántico, por auto del 4 de noviembre de 1997, negó la solicitud argumentando que *"dicha medida conllevaría perjuicios ciertos e inminentes al interés público y por cuanto, a juicio de este Tribunal, en este momento no se cuenta con elementos probatorios suficientes a efectos de decidir si efectivamente se ha vulnerado o no derecho fundamental alguno"*[4].

La anterior decisión fue tomada a tan sólo un día de que se cumplieran las elecciones, que habían sido convocadas para el 5 de noviembre de 1997, de acuerdo con lo dispuesto en la resolución 001949, expedida el 3 de octubre de ese año por el Rector de la Universidad. Así, en el momento en que fue dictada la sentencia de primera instancia, lo cual sucedió el día catorce de noviembre del mismo año, las elecciones ya habían ocurrido y, por ende, el objeto de la presente acción de tutela que, sin lugar a dudas, consistía en abrir la posibilidad a la demandante de participar en esas elecciones, desapareció.

Sin embargo, la razón aducida por el Tribunal para denegar el amparo solicitado fue muy distinta a la anterior. A juicio del *a quo*, en el presente caso no hubo vulneración alguna del derecho consagrado en el artículo 40 de la Carta, pues los funcionarios que iban a elegirse *"en modo alguno puede predicarse que ejerzan 'poder político'...pues son cargos de naturaleza académico administrativa cuyas funciones para las instituciones de carácter público se hayan* (sic) *señaladas, en forma general, en la ley 30 de 1992"*[5]. A esta razón, agrega el Tribunal que en el caso *sub judice* no puede pretenderse la aplicación del artículo citado, sino del inciso segundo del artículo 68 superior, en el cual se dispone que la comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

El anterior argumento del Tribunal es, a juicio de la Sala, equivocado. Cuando los integrantes de una comunidad educativa o de otra índole cualquiera se inmiscuyen en un proceso tendente a elegir las personas que van a dirigir los destinos de la comunidad, sin duda ejercen el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, pues si se ha sostenido que éste es desarrollo del principio de participación a que se refieren el Preámbulo y los artículos 1 y 2 constitucionales, resulta que se ejerce cuando se tiene injerencia en las decisiones que interesan al conglomerado, en este caso, universitario.

Tampoco cabe duda de que el Rector y los Decanos de las universidades del Estado, como es la Universidad del Atlántico, son auténticas autoridades públicas, en vista de que son servidores públicos con poder de decisión sobre la prestación de un servicio público, el de educación, y, en tal circunstancia, quienes acuden al proceso de su elección, evidentemente lo hacen en ejercicio del derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, por dos razones fundamentales: primera, porque inciden en la toma de las decisiones que les interesan; y segunda, porque las autoridades públicas ejercen poder político.

---

[4] Folio 16 del expediente.

[5] Folio 52 del expediente.

No es acertado el criterio del *a quo* en esta materia, pues sin explicar por qué, niega que las autoridades académicas ejerzan poder político; y no solamente carece de fundamento su afirmación, sino que se convierte en completamente contradictoria cuando sugiere que *"el artículo invocado por la peticionaria garantiza, con el carácter de fundamental, el derecho que tienen los ciudadanos colombianos para, mediante una cualquiera de las opciones allí enumeradas, participen en la toma de decisiones, ora a nivel nacional, ora a nivel regional o local, bien sea por que* (sic) *participen en la elección de aquellos funcionarios que por la naturaleza de sus cargos habrán de gobernar dentro de los márgenes señalados por la Constitución y las leyes, y en su respectivo nivel de competencia, al resto de sus conciudadanos, o porque sean ellos mismos quienes tomen la decisión, en los casos en que así lo prevén la Constitución y las leyes"*[6]. Contradictoria porque invoca el núcleo esencial del derecho analizado, la participación en la toma de decisiones por sus afectados, para ignorarla en el ámbito académico, como si en él ninguna decisión se tomara o éstas a nadie interesaran; y equivocada porque pretende que solamente ejerzan poder político las autoridades nacionales, distritales, departamentales y municipales, como si el ejercicio de dicho poder no se presentara en otros sectores: un barrio, una universidad, un colegio, un gremio, un sindicato, etc., ámbitos en los cuales se toman decisiones importantes que afectan a sus miembros y a quienes se relacionan con ellos.

En cuanto a la precisión hecha por el Tribunal en el sentido de que en este caso debe aplicarse el inciso segundo del artículo 68 de la Carta, que nada tiene que ver, a su juicio, con el artículo 40 *ibidem*, la Sala debe reiterar la equivocación que observa en tal apreciación, en vista de que la primera disposición citada no es más que un desarrollo particular de la segunda que, a su vez, constituye aplicación del Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución Política.

De otro lado, es evidente el menoscabo que la demandante sufrió en sus derechos a la igualdad y a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político. En el primero, porque siendo estudiante de la Universidad del Atlántico, no se le permitió desplegar una facultad que a otros estudiantes sí, en las mismas condiciones y sin una justificación objetiva y razonable; luego, fue sujeto de una discriminación a todas luces proscrita por el artículo 13 superior[7]. En el segundo, porque cumpliendo los requisitos para participar en las elecciones de Decano de la Facultad y en la consulta para escoger candidatos a ocupar la Rectoría de la Universidad, ésta omitió su convocatoria y, por ende, no le permitió participar en tales eventos.

Lo anterior porque la lista de personas aptas para votar, se basó equivocadamente en la lista de personas admitidas inicialmente a la universidad, es decir, sin tener en cuenta que ésta se había alterado en razón del cumplimiento que la universidad dio a la orden impartida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, al tutelar los derechos de aquellos aspirantes que, a pesar de haber obtenido un puntaje superior en las pruebas, fueron desplazados por los beneficiarios del Acuerdo 016 del 15 de septiembre de 1988, es decir, hijos de profesores de la universidad, de trabajadores, etc. Porque en la lista de convocatoria no aparecen los nombres de los demandantes en dicha acción de tutela, ni el de la demandante en esta oportunidad que, a no

---

[6] Idem.

[7] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias C-410 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara; SU-569 y SU-570 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-384, SU-519 y SU-547 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sala Segunda de Revisión, sentencias T-590 de 1996 y T-230 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; Sala Tercera de Revisión, sentencias T-061 y T-441 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sala Quinta de Revisión, sentencia T-399 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sala Octava de Revisión, sentencia T-530 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, entre otras.

dudarlo, pertenecen a la universidad, pero sí aparecen los de aquellos a quienes se les canceló la matrícula, en cumplimiento de dicho fallo.

Sin embargo, la demandante no escogió el camino adecuado para poner de presente su inconformidad, en vista de que, como lo señaló el *a quo*, no utilizó el mecanismo que la misma Resolución 001949 disponía en su artículo 7, parágrafo 1°, para resolver este tipo de problemas. Efectivamente, la disposición citada preveía que *"si en el listado se ha omitido el nombre de un estudiante o profesor, el interesado, en un plazo de 72 horas, deberá hacerlo conocer a la Secretaría General, a fin de corregir la omisión"*, mecanismo que, de haberse agotado, hubiera permitido a la Secretaría General de la Universidad del Atlántico incluir a la demandante en la lista de personas aptas para votar y brindarle, en consecuencia, la posibilidad de ejercer sus derechos.

No fue así. La lista de personas aptas para votar se publicó el 23 de octubre de 1997 y la acción de tutela fue entablada el día 29 siguiente, ante lo cual cabe pensar tres posibilidades: primera, que por la supuesta persecución de que la demandante era objeto por parte de las autoridades universitarias, en razón de haber ingresado al *alma mater* gracias a un fallo de tutela, hubiera preferido acudir directamente ante el juez constitucional en busca de la protección de su derecho amenazado, con la seguridad de que la solicitud de inclusión en la lista a que se refería el parágrafo 1° del artículo 7 de la Resolución citada, le iba a ser resuelta desfavorablemente por la Secretaría General de la universidad; segunda, que la demandante desconociera ese mecanismo para lograr su inclusión en la lista; y tercera, que aun habiéndolo conocido no lo hubiera ejercido en tiempo.

Veamos: La configuración de la primera de las posibilidades esbozadas, hubiera sido suficiente para que el Tribunal accediera a las pretensiones de la demanda, en vista de que con claridad se hubiera observado la amenaza del derecho invocado, ante la ineficacia del mecanismo dispuesto en al Resolución 001949 porque, entre otras razones, los funcionarios competentes para decidir sobre la solicitud, se hubieran encargado de que ésta se resolviera en contra de la peticionaria. Sin embargo, en el expediente no existe prueba alguna de que las autoridades de la universidad hubiesen actuado con tal desviación de poder y, a falta de prueba, se entiende que su ejercicio se ciñó a los postulados de la función administrativa, prescritos en el artículo 209 superior.

Quedando solamente las otras dos posibilidades, es necesario reiterar la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la acción de tutela no puede ejercerse como una nueva oportunidad de obtener lo que habiéndose solicitado en tiempo se hubiera obtenido y menos para revivir plazos agotados[8], situación que, al parecer, fue la que le ocurrió a la demandante, pues intentó la protección de su derecho directamente ante el juez constitucional, al día siguiente de haber expirado la posibilidad de presentar la inconformidad sobre el contenido de la lista de personas aptas para votar, ante la Secretaría General de la Universidad del Atlántico.

De acuerdo con lo anterior, fue la misma demandante quien permitió que la vulneración de su derecho se convirtiera en un hecho consumado, pues ella debió acudir ante la Secretaría General de la universidad para que, por un mecanismo más expedito que la acción de tutela[9], fuera resuelta inmediatamente su inconformidad.

---

[8] Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-378 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Sala Octava de Revisión, sentencia T-433 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

[9] La prueba de esta afirmación está en que el ejercicio de la acción de tutela y no de la vía dispuesta en la Resolución 001949, permitió la consolidación de la violación del derecho de la demandante, sin posibilidad de restablecerlo.

En consecuencia, la Sala no puede más que ceñirse a lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, para declarar que no se puede proteger ni restablecer a la demandante en el ejercicio de sus derechos conculcados porque el daño se ha consumado, en vista de que los procesos electorales universitarios ya sucedieron y es imposible volver el tiempo atrás para que ella pueda participar. No obstante, se revocará la sentencia de primera instancia porque en el presente caso no había lugar a denegar el amparo solicitado como lo hizo el Tribunal, pues vulneración de derechos sí hubo, sino a declarar que no se podía acceder a la solicitud por existir un hecho consumado.

4. **Sobre la solicitud de anulación del proceso electoral y reapertura del mismo con plenas garantías.**

No es competencia del juez de tutela tomar una determinación sobre este asunto, pues entre las acciones consagradas en el Código Contencioso Administrativo existe una idónea para atacar este tipo de elecciones, acción que, por ser tan eficaz como la tutela, le impide a ésta desplazarla para ser utilizada como mecanismo transitorio.

Distinto es lo relacionado con el proceso electoral en sí mismo considerado, en vista de que las personas aptas para participar en él, cuando son excluidas con vulneración de garantías constitucionales y mientras las elecciones no hayan ocurrido, no cuentan con un mecanismo eficaz que les permita ejercer los derechos fundamentales consagrados en los artículos 13 y 40 superiores. Luego, en este caso es posible diferenciar claramente entre el proceso de elección, en el cual el juez de tutela puede intervenir para restablecer los derechos fundamentales amenazados o violados, y la elección en sí, sobre la cual no puede decidir el juez constitucional porque es un asunto propio del juez de lo Contencioso Administrativo, caso en el cual la tutela, de acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 6-1° del Decreto 2591 de 1991[10].

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia pronunciada dentro del presente asunto por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 14 de noviembre de 1997, que denegó la acción de tutela iniciada por Deysi María Núñez Pérez contra la Universidad del Atlántico, pero declarar que cesa la acción por carencia actual de objeto, ya que se trata de un hecho consumado.

Segundo. PREVENIR a la Universidad del Atlántico, de acuerdo con el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en omisiones similares a las que dieron origen a la presente acción de tutela.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

[10] Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, sentencia T-530 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, y Sala Séptima de Revisión, sentencia T-032 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

SENTENCIA T-236
mayo 21 de 1998

DERECHO A LA SALUD-Carácter prestacional/**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**-Carácter prestacional

En general, se ha entendido que los derechos a la salud y a la seguridad social, en razón a que tienen un contenido prestacional y dependen de ciertas condiciones para su aplicación, las más de las veces condiciones económicas, pertenecen a una categoría distinta de los derechos constitucionales fundamentales, cuya aplicación no puede condicionarse en manera alguna y, por tal razón, el Constituyente los reguló en un capítulo distinto al de éstos, considerando aquéllos como derechos sociales, económicos y culturales. Así, a los colombianos se les garantiza el acceso a mecanismos que les permitan tener una salud y una seguridad social adecuadas, pero en manera alguna ellas mismas, pues la garantía efectiva de conseguir la salud, entendida como normal funcionamiento corporal, escapa a las posibilidades de un Estado. Por tales razones, la acción de tutela no procede directamente para el amparo de esos derechos, pues son derechos constitucionales, pero con un carácter distinto al de los fundamentales, para los cuales está reservado, en principio, el mecanismo judicial de protección a que se refiere el artículo 86 de la Carta. No obstante, esta Corporación ha sostenido que cuando la amenaza o vulneración de tales derechos implique, a su vez, una amenaza o vulneración de derechos constitucionales con rango fundamental, el juez constitucional está autorizado para protegerlos indirectamente a través de la tutela, aplicándola a derechos que, como aquellos a los cuales se ha hecho referencia, no son fundamentales.

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Carácter fundamental/**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS NIÑOS**-Carácter fundamental

La seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de medicamentos, tratamientos e intervenciones de alto costo

En razón de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el derecho constitucional a la seguridad social, el Plan Obligatorio de Salud que pretende cubrir a la totalidad de la población colombiana en un plazo determinado y relativamente corto, excluye ciertos medicamentos, tratamientos e intervenciones médicas considerados de alto costo, para que con los aportes que llegan a dicho sistema puedan atenderse las

necesidades primarias de más personas, sacrificando otras de segundo orden y que implican una erogación superior, pues, de lo contrario, los aportes hechos al régimen contributivo y extendidos al subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. En este sentido, existen servicios que deben incluirse con mayor prioridad y no todos los servicios de salud posibles pueden considerarse iguales: algunos de ellos son prioritarios por la mayor efectividad, por requerirse con urgencia o por lo común de su ocurrencia. Pero la anterior consideración no debe observarse automáticamente, es decir, sin tener en cuenta la situación concreta que está padeciendo la persona afiliada al sistema porque, en ciertas ocasiones, la aplicación estricta de los reglamentos del sistema de seguridad social integral en salud y, más concretamente, del Plan Obligatorio de Salud, antes de cumplir con los principios antes señalados, no solo conllevan la negación rotunda de la finalidad del sistema, sino, lo que es aún más grave, la vulneración de derechos fundamentales.

INAPLICACION DE REGLAMENTACION DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de medicamentos y tratamientos de alto costo

Es necesario señalar en qué casos procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia, pues no siempre ellas significan vulneración de derechos constitucionales fundamentales y, como en el caso anterior, tampoco procede una inaplicación automática. En primer lugar, la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado. En segundo lugar, debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. En tercer lugar, que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.). Y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. Debe aclararse que el mínimo vital, supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de enfermedad congénita de menor

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Discapacitado auditivo

El derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia, lo cual conduce a pensar que una persona que tiene la aptitud para escuchar y puede utilizar un lenguaje adecuado, si se le suministra un aparato que se lo permita, ve vulnerados sus derechos cuando una normatividad de inferior jerarquía le impide el goce de garantías con rango constitucional. Además, en relación con este punto la jurisprudencia de la

Corte ha sido enfática, señalando que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y ESTADO-Relación contractual

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Práctica de implante a menor con enfermedad congénita

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Reclamo de sobrecostos al Estado por cubrimiento de tratamiento médico excluido/**SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA**-Reclamo de sobrecostos por tratamiento excluido de POS

Referencia: Expediente T-153627.

Actores: Pedro Nel Quintero y otra.

Magistrados: Drs. FABIO MORON DIAZ, Ponente, VLADIMIRO NARANJO MESA, CARMENZA ISAZA DE GOMEZ.

Santa Fe de Bogotá D. C., mayo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Pedro Nel Quintero Tamayo y María Fanny Hoyos Zuluaga, en representación de su menor hijo Alejandro Quintero Hoyos y por medio de apoderado, solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la integridad física, la salud y la seguridad social, de cuya vulneración señalan como responsable a la Empresa Promotora de Salud Cafesalud.

1. Hechos

Manifiestan los demandantes que en el año de 1993, suscribieron un contrato de medicina integral prepagada con Cafesalud E.P.S, dentro del cual incluyeron como beneficiario a su hijo Alejandro Quintero Hoyos y, posteriormente, en 1995, dicha entidad les ofreció el Plan Obligatorio de Salud, al cual se acogieron dejando el anterior contrato como un plan complementario al P.O.S.

Agregan que Cafesalud ha venido atendiendo a su hijo de una hipoacusia bilateral profunda y congénita, atención que ha incluido la remisión al especialista correspondiente y todos los exámenes requeridos para ese tipo de enfermedad; sin embargo, el Otorrinolaringólogo a cargo del caso de Alejandro, le recomendó un implante coclear para que pudiera obtener un aumento de su capacidad auditiva en un 80%, el cual, dicen, fue solicitado a Cafesalud desde principios de 1997, siéndoles negado con el argumento de que ese tipo de implantes se encuentran excluidos del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud y, por ende, no le corresponde a la E.P.S. asumir su práctica.

Finalmente, sostienen que no es cierto que el implante coclear esté excluido de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, sino que la empresa demandada ha hecho una interpretación equivocada de las normas que lo regulan, para no asumir su costo.

2. Pretensiones

Solicitan que se tutelen los derechos fundamentales invocados de su hijo y que, en consecuencia, se ordene a la demandada practicar el implante coclear recomendado por el médico tratante, además de condenarla al pago de los perjuicios morales que su omisión le ha causado al menor Alejandro Quintero Hoyos.

II. DECISIONES DE INSTANCIA

1. El *a quo*

Mediante sentencia dictada el 23 de septiembre de 1997, el Juzgado Primero de Familia de Medellín denegó la acción de tutela, con base en los argumentos jurídicos que a continuación se sintetizan.

En primer lugar, sostiene el *a quo* que el padre de Alejandro suscribió un contrato de medicina integral prepagada con Cafesalud S.A., dentro del cual estaban expresamente excluidos los tratamientos o cirugías para enfermedades ruinosas o catastróficas como lo es, precisamente, la sordera congénita que padece el menor. Al respecto, señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil y si ese tipo de enfermedades estaba desde un principio excluido de la cobertura del plan contratado, no les es dado a los demandantes reclamar su tratamiento o intervención quirúrgica.

En segundo lugar, continúa el juez de primera instancia, no se puede obligar a una E.P.S. a practicar unos procedimientos por ley expresamente excluidos y, finalmente, aduce que por ser esta una controversia de carácter contractual, debe acudirse a la vía ordinaria para su resolución, en vista de que el presente caso no comporta un perjuicio irremediable, pues *"la salud del menor no se ha visto menoscabada, siendo ella* [la enfermedad] *congénita"*.

2. La impugnación

Para controvertir los argumentos del fallo anteriormente reseñado, el apoderado de los demandantes se centra en que el juzgado, para negar el amparo solicitado, erróneamente se basó en el contrato de medicina integral prepagada celebrado con Cafesalud S.A., que expresamente excluye los tratamientos o intervenciones quirúrgicas para enfermedades congénitas, cuando la relación entre las partes es principalmente de prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud y sólo en forma complementaria, de los derivados del contrato de medicina prepagada.

Cierra la impugnación reiterando las razones esgrimidas en la demanda y por las cuales considera que el implante coclear no se encuentra excluido de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, consagrada en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud.

3. El *ad quem*

Considera que, efectivamente, el implante coclear solicitado por los demandantes no está cubierto por el Plan Obligatorio de Salud y, al negarse la E.P.S. demandada a proporcionarlo, *"no puede catalogársela como vulneradora de los derechos fundamentales...aunque la ausencia de la función auditiva implica para el individuo y, especialmente para los niños, un desmedro para su salud y, por ende, en su desarrollo armónico e integral. No obstante ello, en casos como el analizado, el mínimo vital del menor Alejandro no se encuentra comprometido a causa del tipo de enfermedad congénita que padece"*, aparte de que, puntualiza la segunda instancia, cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la protección de sus derechos.

Por tales razones, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Medellín, en fallo del 24 de noviembre de 1997, confirmó la sentencia dictada por el *a quo* dentro del proceso objeto de revisión.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para pronunciarse en el asunto de la referencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la

Carta Política, y los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, habiendo sido seleccionado por la Sala correspondiente y repartido al Magistrado Sustanciador, de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

Segunda. **La Materia**

Se trata en esta oportunidad de reiterar la jurisprudencia de la Corte en relación con los tratamientos médicos excluidos del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, contenido en la Resolución número 5261 del 5 de agosto de 1994, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Específicamente, aplicar dicha jurisprudencia al presente caso, en el cual están de por medio derechos fundamentales de un menor de edad.

1. Los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son fundamentales, según el artículo 44 de la Constitución Política.

En general, se ha entendido que los derechos a la salud y a la seguridad social, en razón a que tienen un contenido prestacional y dependen de ciertas condiciones para su aplicación, las más de las veces condiciones económicas, pertenecen a una categoría distinta de los derechos constitucionales fundamentales, cuya aplicación no puede condicionarse en manera alguna y, por tal razón, el Constituyente los reguló en un capítulo distinto al de éstos, considerando aquéllos como derechos sociales, económicos y culturales[1]. Así, a los colombianos se les garantiza el acceso a mecanismos que les permitan tener una salud y una seguridad social adecuadas, pero en manera alguna ellas mismas, pues la garantía efectiva de conseguir la salud, entendida como normal funcionamiento corporal, escapa a las posibilidades de un Estado[2].

Por tales razones, la acción de tutela no procede directamente para el amparo de esos derechos, pues son derechos constitucionales, pero con un carácter distinto al de los fundamentales, para los cuales está reservado, en principio, el mecanismo judicial de protección a que se refiere el artículo 86 de la Carta. No obstante, esta Corporación ha sostenido que cuando la amenaza o vulneración de tales derechos implique, a su vez, una amenaza o vulneración de derechos constitucionales con rango fundamental, el juez constitucional está autorizado para protegerlos indirectamente a través de la tutela, aplicándola a derechos que, como aquellos a los cuales se ha hecho referencia, no son fundamentales[3].

Sin embargo, de acuerdo con la disposición enunciada en el subtítulo y a diferencia de lo que se predica de tales derechos en relación con las demás personas, la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal[4].

En consecuencia, en el presente caso procede la tutela de los derechos a la salud y a la seguridad social directamente, en vista de que el demandante es un menor de edad.

---

[1] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-043 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz, reiterada en la sentencia SU-111 de 1997, Sala Plena, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[2] *Ibidem.*

[3] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[4] Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencia T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

2. **La exclusión de ciertos tratamientos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud y la jurisprudencia constitucional**

En razón de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el derecho constitucional a la seguridad social (artículo 48 superior), el Plan Obligatorio de Salud que pretende cubrir a la totalidad de la población colombiana en un plazo determinado y relativamente corto, excluye ciertos medicamentos, tratamientos e intervenciones médicas considerados de alto costo, para que con los aportes que llegan a dicho sistema puedan atenderse las necesidades primarias de más personas, sacrificando otras de segundo orden y que implican una erogación superior, pues, de lo contrario, los aportes hechos al régimen contributivo y extendidos al subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. En este sentido, existen servicios que deben incluirse con mayor prioridad y no todos los servicios de salud posibles pueden considerarse iguales: algunos de ellos son prioritarios por la mayor efectividad, por requerirse con urgencia o por lo común de su ocurrencia.

Pero la anterior consideración no debe observarse automáticamente, es decir, sin tener en cuenta la situación concreta que está padeciendo la persona afiliada al sistema porque, en ciertas ocasiones, la aplicación estricta de los reglamentos del sistema de seguridad social integral en salud y, más concretamente, del Plan Obligatorio de Salud, antes de cumplir con los principios antes señalados, no sólo conllevan la negación rotunda de la finalidad del sistema, sino, lo que es aún más grave, la vulneración de derechos fundamentales.

Esta Corporación se ha ocupado de innumerables casos en los cuales se ha aplicado la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud, sin tener en cuenta el perjuicio que con ello se causa a quienes requieren de los procedimientos excluidos, a tal punto, que de ellos dependen sus derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la integridad personal, como regla general. En tales eventos, la Corte ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales[5].

Sin embargo, es necesario señalar en qué casos procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia, pues no siempre ellas significan vulneración de derechos constitucionales fundamentales y, como en el caso anterior, tampoco procede una inaplicación automática. En primer lugar, la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado[6], pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos, sino solamente se obtiene un nivel mejor u óptimo de salud.

En segundo lugar, debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. En tercer lugar, que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de

---

[5] Al respecto, ver Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencias T-114 y 640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[6] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.). Y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante[7].

Debe aclararse que el mínimo vital a que se ha hecho referencia, supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu[8].

Cumplidos los supuestos señalados, la reglamentación legal o administrativa se torna inconstitucional para el caso concreto, pues pone en peligro derechos constitucionales fundamentales y, en dicha circunstancia, de acuerdo con el artículo 4 de la Carta Política, procede inaplicarla para dar prevalencia a las disposiciones constitucionales[9].

3. **El caso concreto**

Alejandro Quintero Hoyos, quien en la actualidad cuenta 10 años de edad, padece una hipoacusia bilateral profunda (sordera) y su médico tratante, el Otorrinolaringólogo José Alberto Salazar Jiménez, le recomendó un implante coclear, es decir, un dispositivo que se coloca en el oído interno y permite a la persona con sordera congénita o adquirida, en términos del especialista, *"acceder al mundo del sonido y desarrollar un lenguaje adecuado"*[10].

De lo anterior surgió el conflicto que ocupa a la Sala, en vista de que los padres del menor solicitaron a la Empresa Promotora de Salud Cafesalud que ordenara al galeno dicho implante y corriera con los gastos correspondientes, petición a la cual se negó la E.P.S. argumentando que dicha intervención quirúrgica, por dirigirse contra una enfermedad congénita, estaba por fuera de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. Y tiene razón en esta última parte; efectivamente, la Resolución 5261 de 1994 en su artículo 17, excluye de la cobertura del plan mencionado el *"tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas"*, como es, de acuerdo con lo expresado por el médico tratante,[11] la dolencia que padece el menor en este caso.

Estando excluido el implante coclear de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, según la disposición citada, estaría en principio exonerada la entidad demandada de acceder a las pretensiones incoadas ante los jueces de instancia; sin embargo, es necesario analizar si el presente caso es similar a aquellos que la Corporación ha dirimido con anterioridad y que le han permitido determinar la procedencia de la acción de tutela; es decir, si las circunstancias descritas en los numerales anteriores se presentan en este asunto y, por ende, si hay lugar a conceder la tutela de los derechos invocados.

---

[7] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[8] Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, sentencia T-645 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero

[9] Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencia T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[10] Folio 12 del expediente.

[11] Folio 57 del expediente.

3.1. **¿Están en el presente caso amenazados o vulnerados los derechos a la vida y a la integridad personal del menor?**

Teniendo en cuenta que la garantía constitucional de la integridad personal, como su nombre lo indica, implica el mantenimiento de todas las funciones corporales en un estado de normalidad, cuando conseguir dicho resultado es posible, y cuando no, al menos aproximarse a tal situación, vemos que el demandante es un discapacitado auditivo, quien ha recibido los tratamientos médicos que la poca capacidad económica de sus padres y la cobertura de los planes de medicina prepagada, en un principio y, posteriormente, el Obligatorio de Salud pudieron proporcionarle, sin que haya sido posible siquiera aproximarse al estado de normalidad señalado; menos conseguirlo.

La anterior afirmación surge de la recomendación hecha por el doctor Salazar Jiménez, quien sugirió el implante coclear para que el menor accediera al mundo del sonido y pudiera emplear para su comunicación, un lenguaje adecuado. Luego, cabe pensar que Alejandro aún no ha accedido al sonido, no obstante que se le han proporcionado audífonos, y carece de un lenguaje adecuado, valiéndose de uno precario para darse a entender. Incluso, están las afirmaciones de los declarantes dentro del proceso, quienes afirman que, prácticamente, el niño se hace entender con movimientos y señales[12], situación que podría superar con el implante requerido.

Es cierto que Alejandro Quintero Hoyos puede sobrevivir sin el implante coclear; pero cabe preguntarse, ¿en qué condiciones podría seguir viviendo? Luego, aquí es necesario resaltar que, como antes se dijo, el derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia, lo cual conduce a pensar que una persona que tiene la aptitud para escuchar y puede utilizar un lenguaje adecuado, si se le suministra un aparato que se lo permita, ve vulnerados sus derechos cuando una normatividad de inferior jerarquía le impide el goce de garantías con rango constitucional. Además, en relación con este punto la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática, señalando que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana[13].

Cumplido está, entonces, el primer supuesto para inaplicar la reglamentación que excluye el implante coclear de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, pues la falta de esta intervención quirúrgica extiende el malestar que durante toda su existencia ha padecido Alejandro Quintero Hoyos, impide que él se aproxime a su integridad personal y lo somete a una existencia incómoda que se puede superar.

3.2. **También se cumplen los demás supuestos para inaplicar la Resolución 5261 de 1994**

Efectivamente, el implante coclear no puede sustituirse por ningún otro tratamiento o intervención contemplado en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, a tal punto que habiéndole sido practicados, la sordera del menor continúa. El ingreso familiar no es ni en un mínimo suficiente para alcanzar el alto costo que supone el implante, pues el padre de Alejandro Quintero Hoyos y su familia viven de cuanto les produce un local ubicado en un centro

---

[12] Declaraciones de Jair Enrique Zuluaga Ossa, María Eunice Ossa Yepes y Claudia Elena Gómez Ossa, obrantes en los folios 59 a 63 del expediente.

[13] Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada por la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-322 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

comercial de Medellín que, al decir de los testigos[14], no supera los quinientos mil pesos mensuales. El plan complementario que el padre del menor tiene con Cafesalud, contrato de medicina prepagada, expresamente excluye la intervención quirúrgica de enfermedades congénitas. Y finalmente, el implante fue recomendado por el doctor José Alberto Salazar Jiménez, Otorrinolaringólogo vinculado a Cafesalud.

4. **Precisiones finales sobre los fallos de instancia y las solicitudes hechas por las partes**

En su sentencia, el *a quo* desestima las pretensiones de la demanda y niega la existencia de un perjuicio irremediable para la salud del menor, afirmando que no ha recibido menoscabo alguno en su salud, en vista de que su problema auditivo es congénito y, por ende, jamás ha tenido salud auditiva; entonces, concluye el juez de primera instancia, no se puede menoscabar lo que nunca se ha tenido, conclusión que, a juicio de la Sala, es una negación rotunda del objetivo médico, pues éste no solamente consiste en recuperar la salud perdida, sino también en adquirirla cuando nunca se ha tenido, siendo ello posible.

El *a quo* entró en el análisis del perjuicio irremediable, entendiendo que la relación que existía entre los demandantes y Cafesalud era simplemente contractual, de medicina prepagada, razón por la cual debían acudir ante la jurisdicción ordinaria en busca de la satisfacción de los derechos invocados porque, de acuerdo con la conclusión señalada anteriormente, no existía tal perjuicio irremediable, sin embargo, a lo largo del expediente en revisión se observa que la relación principal entre las partes tiene por objeto la prestación de los servicios inherentes al Plan Obligatorio de Salud, quedando los de medicina prepagada como un simple complemento. Luego, se aplicó mal el criterio contractual y equivocadamente el Juzgado Primero de Familia de Medellín hizo énfasis en la parte de exclusiones que el contrato preveía, en vista de que debió aplicar las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud y no las de los planes de medicina prepagada.

Al respecto, es necesario aclarar que entre los usuarios y las Empresas Promotoras de Salud que prestan los Servicios del Plan Obligatorio, en manera alguna existe una relación contractual, la cual solamente existe entre ellas y el Estado, quien es el primeramente obligado por disposición constitucional a prestar este servicio público y lo ha delegado en ellas. Luego, y en esto también se equivocó el *a quo*, la relación en estos casos no es de derecho privado y en ellos no son aplicables los artículos 1602 y siguientes del Código Civil sobre la ejecución de los contratos, sino que es una relación de derecho público regulada por normas especiales sobre la materia (Ley 100 de 1993 y normatividad que la desarrolla), cuyo régimen implica obligaciones que están por fuera de la autonomía de la voluntad de los particulares, pues los servicios que se deben prestar o no, por una parte, y las obligaciones que deben cumplir los afiliados, por otra, son determinados directamente por el legislador. Solamente se rigen por las disposiciones civiles pertinentes, las relaciones contractuales de medicina prepagada que, vale decir, son ajenas al presente asunto[15].

Pero si en gracia de discusión se aceptara la tesis de los jueces de instancia, en el sentido de que existe otro mecanismo de defensa judicial de los derechos del menor demandante, la verdad es que aun así debió concederse la tutela de tales derechos, aunque de manera

---

[14] Declaraciones de Jair Zuluaga Ossa y María Eunice Ossa Yepes, obrantes a folios 62 y 64 del expediente.

[15] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

transitoria, pues el perjuicio irremediable en este caso es evidente, teniendo en cuenta el siguiente concepto del doctor José Alberto Salazar Jiménez: *"El beneficio es mayor si se realiza en esta edad, si*(sic) *porque el niño empieza temprano el tratamiento, se realiza el implante, entonces se vuelve a partir de cero, enseñándole al paciente a desarrollar*(sic) *lenguaje"*[16]. Si se espera, entonces, a que la jurisdicción ordinaria decida, el beneficio del implante no va a ser tan alto porque a medida que el niño va creciendo, se dificulta su inducción al lenguaje hablado.

De otro lado, la parte demandante solicitó que se condenara a la Entidad Promotora de Salud Cafesalud *"a pagar los perjuicios morales que con su acción clara e indiscutiblemente arbitraria le ha irrogado al menor Alejandro Quintero Hoyos, conforme a lo que resulte probado dentro del diligenciamiento"*, petición que en manera alguna puede resolver favorablemente el juez de tutela, pues para reclamarla los demandantes tienen disponible otro mecanismo de defensa judicial, el proceso correspondiente ante la jurisdicción ordinaria; además, el daño no se encuentra probado dentro de este proceso y su eventual reparación, en caso de haber perjuicio, no se requiere con la urgencia propia de aquellas situaciones en que debe concederse el amparo transitorio.

En cuanto a la solicitud de la apoderada de Cafesalud, para que *"en caso de que la revisión efectuada ordene la ejecución del procedimiento médico...se sirva ordenar el recobro al Estado-Ministerio de Salud de los gastos en que incurra la E.P.S."*, simplemente se reitera la jurisprudencia sobre la materia, en el sentido de que las Entidades Promotoras de Salud deben correr con los costos que el tratamiento excluido del P.O.S. demande, pero les aguarda el derecho de reclamar en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social Integral en Salud, los sobrecostos en que incurran, en vista de que la relación entre tales entidades y el Estado, se repite, es contractual, en la cual previamente el mismo Estado ha fijado las reglas de juego, razón por la cual todo lo que se salga de ellas debe asumirlo él, so pena de que se altere gravemente el equilibrio financiero del contrato[17].

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia pronunciada dentro del presente asunto por el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Familia, el 24 de noviembre de 1997, que CONFIRMO la expedida por el Juzgado Primero de Familia de Medellín, el 23 de septiembre del mismo año, en el sentido de NEGAR el amparo constitucional solicitado por Pedro Nel Quintero Hoyos y María Fanny Hoyos Zuluaga, en representación de su menor hijo Alejandro.

Segundo. CONCEDER la tutela de los derechos a la vida, la integridad personal, la salud y la seguridad social de Alejandro Quintero Hoyos.

Tercero: ORDENAR a la Empresa Promotora de Salud Cafesalud de Medellín que, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la notificación de esta sentencia, CUMPLA con los trámites administrativos necesarios para que, a más tardar dentro de tres (3) meses

---

[16] Folio 58 del expediente.

[17] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

contados a partir de la misma fecha, se **practique** al menor Alejandro Quintero Hoyos el implante coclear requerido y sugerido por el Otorrinolaringólogo José Alberto Salazar Jiménez.

Cuarto. ABSTENERSE DE CONDENAR al pago de la indemnización de perjuicios solicitada en contra de Cafesalud E.P.S.

Quinto. SEÑALAR que Cafesalud podrá repetir lo pagado en cumplimiento de la orden contenida en el numeral tercero, en contra del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud, subcuenta de enfermedades catastróficas.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-237
mayo 21 de 1998

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Improcedencia por conflicto entre arrendador y arrendatario

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Corte de servicios públicos por parte del arrendador

Referencia: Expediente T-154475.

Acción de Tutela instaurada por Harold Castillo Cruz contra Arnold Puello Benedetti.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiún (21) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se somete a revisión el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Señala en el escrito de tutela el peticionario que, en calidad de arrendatario de un consultorio de propiedad del demandado, lleva desempeñando su profesión de médico desde hace siete años y que el propietario ha procedido "por las vías de hecho" a forzarlo a desalojar el inmueble cortándole la línea telefónica lo mismo que el servicio de agua potable, vulnerándole de esta suerte su derecho fundamental al trabajo.

II. DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA

El Juzgado de conocimiento declaró improcedente la tutela promovida habida cuenta que se está en presencia de una tutela frente a particulares, donde no se cumplen las condiciones de procedibilidad previstas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991; de otro lado, tampoco encontró acreditada la relación contractual entre las partes en conflicto; por fin, en lo que hace relación a las imputaciones alegadas en la tutela el fallador de instancia no las encontró probadas de allí que mal podría, a su juicio, prosperar el amparo propuesto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar la sentencia antes relacionada, de conformidad con lo previsto en los artículos 86, inciso 2, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela frente a particulares

Con meridiana claridad el artículo 86 superior *in fine* señaló las bases para determinar la procedencia de la acción de tutela frente a particulares. En efecto, la norma en cita dispone:

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

En acato a lo preceptuado por el referido canon constitucional, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 42 se ocupó de regular las tres hipótesis allí previstas, las cuales -de más está decirlo- han sido ampliamente estudiadas por la jurisprudencia constitucional[1]: prestación de un servicio público, afectación grave y directa del interés colectivo y estado de subordinación o indefensión; debiendo ser estudiadas por el juez de tutela en cada caso en concreto.

En el caso de autos, descartadas las dos primeras[2], no queda sino la supuesta situación de subordinación o indefensión del solicitante, la cual no encuadra dentro de ninguna de las dos eventualidades teniendo en consideración que de tiempo atrás se encuentra determinado por la jurisprudencia:

*"...que la **subordinación** alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la **indefensión,** si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate".(Sentencia T- 290 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).*[3]

El peticionario, como lo deduce del material probatorio que obra en el expediente (fl. 26) el Juzgado de conocimiento, no demostró tener ningún tipo de relación con el demandado de la que pueda deducirse que este último saque provecho abusivamente de su posición dominante. Es más, los hechos que se alegan en el escrito de tutela, o bien no son ciertos: como la supuesta suspensión de la línea telefónica que en realidad fue retirada una vez venció el término contractual fijado entre el demandado y un tercero con quien suscribió el contrato de arrendamiento, éste último retiró la línea telefónica; ora no se encontraron acreditados: como el supuesto corte de agua.

3. Subsidiariedad de la tutela

Uno de los rasgos característicos fundamentales de la acción de tutela, que a golpe de sentencias ha venido decantando la doctrina constitucional, es el de su subsidiariedad[4], esto es el de su improcedencia cuando existen otros medios de defensa judicial, toda vez que de no ser así este instrumento entraría a suplir los medios judiciales ordinarios que al efecto ha previsto el legislador.

---

[1] Consultar entre otros los siguientes fallos: T-412 de 1992, C-587 de 1992, T-611 de 1992, T-290 de 1993.

[2] En la revisión constitucional del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, Sentencia C-134 de 1994 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, se encuentra una detallada descripción de las tres hipótesis referidas acompañadas de citas jurisprudenciales.

[3] Cfr. T-573 de 1992 M.P. Dr. Ciro Angarita Barón

[4] Cfr. En reciente pronunciamiento la Corte Constitución a través de Sentencia de Unificación 111 de 1997, vale decir en fallo proferido en sala plena, reiteró el carácter subsidiario de la acción de tutela.

De manera que en el caso que nos ocupa, si como afirma en su declaración el actor (folios 10-15) media un contrato de arrendamiento o bien un "subarriendo" en términos del dicho de su secretaria (folios 20-21), este deberá recurrir a las instancias judiciales competentes para dirimir la controversia acopiando los medios probatorios que acrediten su acerto. Así lo ha sostenido la Corte en forma reiterada:

> *"... si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional.*
>
> ...
>
> *Las dos formas que admite el ejercicio de la tutela, la acreditan como medio judicial expedito para operar de manera inmediata ante la violación de un derecho fundamental. Darle curso a la acción de tutela, en las condiciones descritas, equivaldría a eliminar los términos procesales, los procesos ordinarios y especiales y a desconocer la organización misma de las diferentes jurisdicciones y la fijación de las correspondientes competencias. La acción de tutela, de otro lado, dejaría de ser subsidiaria o transitoria y se convertiría en medio judicial permanente y único para la defensa de los derechos fundamentales e, incluso, de los que se originan directamente en la ley..." (Subrayas fuera de texto).*[5]

Los planteamientos anteriores conducen a confirmar la decisión de instancia, la cual se aviene a lo expresado en reiterada jurisprudencia por esta Corporación.

IV. DECISION

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Sala Octava 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. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena el once (11) de diciembre de 1997.

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

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

---

[5] *Ibidem*

SENTENCIA T-238
mayo 21 de 1998

DERECHO DE PETICION-Respuesta sustancial

Independientemente del contenido mismo de la respuesta dada a cualquier petición elevada por un particular ante la administración, ésta ha de ser eficiente, pronta y eficaz, es decir, que resuelva la duda que le ha surgido al administrado.

ZONA RURAL-Actividad que genera malos olores

Referencia: Expediente T-155481.

Demandante: Leonor Gómez de Castillo.

Demandados: Jefe Coordinador de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena Centro Operativo Subregional Garzón (CAM) y el particular José Ignacio Avendaño.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D. C., a los veintiún (21) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 36 del Decreto 2591 de 1991, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Garzón (Huila), envió a la Corte Constitucional el expediente de la referencia, para los efectos de la revisión constitucional del fallo proferido el 18 de diciembre de 1997.

I. ANTECEDENTES

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carmenza Isaza de Gómez, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, procede a revisar la sentencia proferida dentro de la acción de tutela promovida por la señora Leonor Gómez de Castillo contra el Jefe de la Corporación Regional del Alto Magdalena Centro Operativo Subregional Garzón (CAM), representado por el señor José Antonio Rojas Cerquera y contra el particular señor José Ignacio Avendaño, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la vida, petición, derecho a la propiedad privada, a la intimidad, ambiente sano y a la unidad familiar.

A. HECHOS.

Los hechos que sirven de base a la señora Gómez de Castillo para iniciar la presente tutela, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. Manifiesta la demandante que reside junto con sus hijos en el predio denominado Las Delicias, en la vereda Claros del municipio de Garzón, Huila.

2. Frente a la vivienda de la demandante, vive el señor Ignacio Avendaño, quien posee en su predio instalaciones para la cría de pollos y cerdos, instalaciones que carecen de los acondicionamientos propios para su explotación.

3. Además, justo al frente de la vivienda de la demandante, y dentro del predio del señor Avendaño, se construyó un depósito de gallinaza o excrementos de gallina, que son abandonados allí, produciendo un hedor insoportable, el cual viene causando problemas de salud y afecciones bronquiales a la demandante y sus hijos.

4. La actora y otros vecinos del lugar dirigieron escrito al señor José Antonio Rojas Cerquera, funcionario de la oficina del CAM en Garzón, para que tomara cartas en el asunto y diera una solución real al problema ambiental que se presentaba en dicho lugar, pues además de los malos olores, también se venía dando un manejo irregular de aguas servidas.

5. Señala la actora, que dicha entidad -CAM- encargada del manejo de los asuntos ambientales en la región, no ha dado una respuesta o solución concreta al problema, toda vez que se ha limitado a dar recomendaciones sobre el problema ambiental que allí se presenta, sin que por ello se esté solucionando realmente el asunto ni se esté resolviendo efectivamente la petición ante él elevada.

Ante tal situación, la demandante solicita se ordene al señor José Antonio Rojas Cerquera, Jefe Coordinador de la CAM, para que dé "solución inmediata en las veinticuatro horas siguientes a nuestro memorial dirigido a su despacho". Además solicita que se ordene al señor alcalde municipal, sellar y prohibir la permanencia de dicho depósito de gallinaza y los criaderos de gallinas y puercos, frente a la residencia de la señora Gómez de Castillo.

B. PROVIDENCIA QUE SE REVISA.

Mediante sentencia del 18 de diciembre de 1997, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Garzón, Huila, resolvió tutelar los derechos fundamentales de la demandante a la vida, salud, y medio ambiente sano. Para ello consideró que la actuación cumplida por la CAM, fue diligente frente al problema ambiental al adelantar una investigación que concluyó con una serie de recomendaciones y con una orden al señor Avendaño, en relación con el manejo de la gallinaza y las instalaciones para la cría de cerdos y pollos. Sin embargo, señaló el juez, que si bien la actuación de la CAM "pudo ser eficaz, no ha sido eficiente" pues aun cuando la respuesta fue pronta, el problema ambiental subsiste, y se ha dilatado en el tiempo en la medida en que la CAM programó la siguiente visita al lugar, para el mes de enero del próximo año (1998). Por lo anterior, ordenó al señor Avendaño que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente decisión, remueva o traslade la gallinaza almacenada, a un sitio en el cual nadie se vaya a ver afectado. Esta decisión se acompaña de la advertencia de las sanciones a que se puede hacer acreedor por incumplir lo aquí ordenado. No se tuteló el derecho fundamental de petición.

II. CONSIDERACIONES.

A. **Competencia.**

Según lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, esta Sala es competente para revisar la sentencia proferidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Garzón, Huila.

B. **Elementos probatorios en el presente caso.**

De acuerdo con los elementos probatorios que obran en el expediente, resultan comprobadas varias situaciones:

1. En declaración jurada, el señor José Antonio Rojas Cerquera, Jefe Coordinador de la Corporación Regional del Alto Magdalena Centro Operativo Subregional Garzón (CAM), señaló lo siguiente:

· *Recibió queja de la señora Leonor Gómez Castillo el día 12 de marzo de 1997.*

· *Mediante auto de marzo 17 decreta pruebas, y practica inspección ocular el 10 de abril al predio Primavera propiedad del señor José Ignacio Avendaño Sánchez, a quien por su parte se le recepcionó versión el día 16 del mismo mes.*

· *Se practicó nueva inspección ocular el día 2 de julio. Y, mediante oficio 458 de julio 31 se solicitó a la Secretaría de Planeación Municipal, certificara el uso del suelo para las actividades desarrolladas por el señor Avendaño.*

· *Se realizó la última visita al predio del señor Avendaño el 5 de agosto, en la cual se hicieron varias recomendaciones con relación al almacenamiento de la gallinaza, la reubicación de la caseta de almacenamiento de la misma y la realización de fumigaciones periódicas para evitar la proliferación de moscas.*

· *En agosto 12 y 13, se recibieron nuevamente versiones de los señores José Ignacio Avendaño y Alvaro Rivera Sánchez.*

· *La Secretaría de Planeación Municipal, mediante oficio 0528 de septiembre 15, comunicó "**que la zona rural del municipio no está reglamentada en lo relacionado con el uso del suelo.**" (Negrilla fuera del texto).*

· *Mediante oficios 608 y 609 fechados el 26 de septiembre del mismo año, y a través de la Promotora de Desarrollo Comunitario, se comunicó al señor Avendaño el día 1° de Octubre que, tenía un plazo perentorio de 90 días para la reubicación de la caseta, para lo cual se programó una visita de verificación para la semana del 5 al 9 de enero de 1998.*

2. Mediante Inspección Judicial realizada por el juez de instancia el día 16 de diciembre de 1997, se acudió al predio de la señora Leonor Gómez de Castillo, y posteriormente se trasladó al predio del señor José Ignacio Avendaño Sánchez, corroborándose así los siguientes hechos:

· *En el predio del señor Avendaño y cerca del lugar donde se encuentra ubicada la vivienda de la señora Gómez de Castillo, se levanta una enramada bajo la cual se almacenan bultos de gallinaza, la que en razón al sol que recibe, expele fétidos olores.*

· *Dentro del predio del señor Avendaño, se constató, además de la casa de habitación, la existencia de dos galpones para la cría de pollos, los cuales se encuentran desocupados; un gallinero aparte, en el cual se tienen pocas aves; tres porcinos dentro de una cochera y otro dentro de uno de los galpones. Dichas cocheras se encontraron medianamente higiénicas, siendo escasos los olores. Esta diligencia se realizó en compañía de dos peritos.*

3. Pruebas documentales contenidas en el expediente:

· Respuesta dada por la CAM de Garzón Huila, al escrito radicado el día 25 de septiembre de 1997 de la señora Leonor Gómez de Castillo.

· *Oficios 608 y 609 del 26 de septiembre de 1997, dirigidos a los interesados, señora Leonor Gómez de Castillo y José Ignacio Avendaño Sánchez, donde se señalan las recomendaciones dadas para solucionar el problema ambiental y el plazo perentorio para que éstas se cumplan.*

· *Actas de las visitas realizadas por el perito Rufino Lozada Garzón los días junio 5 y agosto 11 de 1997, donde se constatan los problemas de malos olores por mal almacenamiento de gallinaza y por el vertimiento de aguas servidas a campo abierto.*

C. Del derecho de petición.

La Corte Constitucional en numerosas sentencias ha señalado que independientemente del contenido mismo de la respuesta dada a cualquier petición elevada por un particular ante la administración, ésta ha de ser eficiente, pronta y eficaz, es decir, que resuelva la duda que le ha surgido al administrado.[1] Al respecto esta Corporación en sentencia T-575 de 1994. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, señaló sobre el particular, lo siguiente:

> *"... no tendría sentido si se entendiera que la autoridad ante quien se presenta una solicitud respetuosa cumple su obligación notificando o comunicando una respuesta apenas formal en la que no se resuelva sobre el asunto planteado.* ***El derecho de petición lleva implícito un concepto de decisión material, real y verdadero, no apenas aparente****. Por tanto, se viola cuando, a pesar de la oportunidad de la respuesta, en esta se alude a temas diferentes de los planteados o se evade la determinación que el funcionario deba adoptar." (Negrilla fuera del texto).*

Las observaciones que hace la CAM de Garzón a quienes en desarrollo de sus actividades agropecuarias o industriales causan un perjuicio al medio ambiente, y, a su vez, ponen en peligro y violan de contera los derechos fundamentales de los demás conciudadanos, no pueden limitarse a simples consejos llamados a desatenderse. Resulta evidente que el señor Rojas Cerquera, Jefe Coordinador de la CAM, no sólo dio respuesta formal a la petición de la actora, sino que además realizó varias visitas a los predios en cuestión con el fin de verificar los hechos, estando pendiente de una última visita que fue programada para el mes de enero del presente año. De esta manera, y ante la diligencia del funcionario demandado, la respuesta dada a la señora Gómez de Castillo, se acompañó, de visitas posteriores, así como de varias recomendaciones que ponen de presente que en ningún momento se ha abstenido de adelantar una conducta acorde con su cargo y su responsabilidad, evacuando más que de forma eficiente la petición de la actora.

Además, en el presente caso, a diferencia de otros similares revisados por esta Corporación, los hechos se vienen desarrollando en predios de carácter rural, y no urbano, máxime, cuando es en el campo donde las actividades agropecuarias tienen su natural desarrollo y, son la base de la explotación económica de los diferentes predios y fuente principal de ingresos para sus propietarios. Por lo tanto, la afirmación que hace la demandante en el sentido de señalar que la vereda donde reside es eminentemente residencial, no es consecuente con lo señalado por la Secretaría de Planeación Municipal de Garzón, al señalar que no existe reglamentación sobre el uso del suelo en dicha vereda.

Ahora bien, las actividades ejecutadas en zona rural, pueden generar malos olores, que como en este caso son producto del inadecuado almacenamiento de la gallinaza, así como del mal manejo que se viene haciendo de las aguas servidas. Sin embargo, la fuente de malos olores y proliferación de moscas, no surge como la causa directa de la vulneración del derecho a la salud, vida y medio ambiente sano a que tienen derecho los vecinos en la vereda, pues en ningún momento, dentro del expediente se demostró la existencia de un nexo de causalidad directa entre los malos olores, y la presunta violación de los derechos fundamen-

[1] (Cfr. sentencias T-269/97, T-365/97 y T-370/97 entre otras).

tales de la actora. No obstante lo anterior, las recomendaciones que en su momento hiciera el Jefe Coordinador de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena Centro Operativo Subregional Garzón (CAM) al señor Avendaño, deberán ser cumplidas en el término que perentoriamente se le había indicado, es decir máximo en noventa (90) días, contados a partir del 1° de octubre de 1997, fecha en que le fue notificado el oficio 609 de septiembre 26 del mismo año, con el único fin de prevenir futuras violaciones a derechos fundamentales, vista la alteración del medio ambiente en el lugar.

De esta manera la Sala Octava de Revisión, procede a confirmar la decisión proferida el 18 de diciembre de 1997 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Garzón, Huila, en relación con el derecho de petición, pero con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. Por otra parte, se denegará la tutela en relación con la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida y medio ambiente sano y se revocan las órdenes impartidas al señor José Ignacio Avendaño Sánchez. Lo anterior no obsta para que, en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de la presente sentencia, el señor José Antonio Rojas Cerquera, Jefe Coordinador de la CAM, proceda a verificar que las órdenes impartidas al señor José Ignacio Avendaño Sánchez, en el oficio COG-609 del 26 de septiembre de 1997, el cual le fue comunicado hasta el día 1° de octubre del mismo año, se hayan cumplido plenamente. Si las adecuaciones señaladas no se cumplieren en el término señalado, dicha autoridad ambiental deberá proceder a imponer las sanciones que al efecto se contemplen en las normas ambientales.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Garzón, Huila del 18 de diciembre de 1997, en cuanto denegó el derecho de petición, y REVOCAR en cuanto a los derechos fundamentales a la salud, vida y medio ambiente sano, todo con base en las consideraciones expuestas en esta sentencia.

Segundo. Sin embargo, es procedente INSTAR al Jefe de la Corporación Regional del Alto Magdalena Centro Operativo Subregional Garzón del Centro Subregional del Alto Magdalena de Garzón CAM, señor José Antonio Rojas Cerquera para que en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a verificar que las órdenes impartidas por él, al señor José Ignacio Avendaño Sánchez en el oficio COG-609 del 26 de septiembre de 1997, el cual le fue comunicado hasta el día 1° de octubre del mismo año, se hayan cumplido plenamente. Si las adecuaciones señaladas no se cumplieren en el término señalado, dicha autoridad ambiental, deberá proceder a imponer las sanciones que al efecto se contemplen en las normas ambientales.

Tercero. SURTASE el trámite previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-239
mayo 21 de 1998

DERECHO A LA EDUCACION-Carácter fundamental

DERECHO A LA EDUCACION-Función social

El derecho a la educación debe entenderse como factor de desarrollo humano, su ejercicio es uno de los elementos indispensables para adquirir las herramientas que permitan al ser humano desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información; es por ello que la educación cumple una función social que hace que dicha garantía se considere como un derecho deber que genera para las partes del proceso educativo obligaciones recíprocas de las que no pueden sustraerse porque realizan su núcleo esencial.

DERECHO A LA EDUCACION-Retención de título o no graduación por incumplimiento de obligaciones económicas

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Cobro de obligaciones económicas debidas a institución educativa

Referencia: Expediente T-155616.

Demandante: Yolanda Vergel Arévalo.

Demandados: Universidad Antonio Nariño (Barranquilla).

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D. C., a los veintiún (21) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 36 del Decreto 2591 de 1991, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla, envió a la Corte Constitucional el expediente de la referencia, para los efectos de la revisión constitucional de los fallos proferidos por el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Barranquilla del 4 de octubre, en primera instancia, y por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla del 18 de diciembre de 1997.

I. ANTECEDENTES

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carmenza Isaza de Gómez, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, procede a revisar las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela promovida por la señora Yolanda Vergel Arévalo contra la Universidad Antonio Nariño de la ciudad de Barranquilla, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la igualdad y educación.

A. HECHOS.

Los hechos que sirven de base a la señora Vergel Arévalo para iniciar la presente tutela, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. La demandante en su calidad de docente, viene prestando sus servicios al Distrito de Barranquilla, de acuerdo a un convenio para la ejecución y desarrollo del programa Grado Cero, entre el Distrito especial Industrial y Portuario de Barranquilla y la Nación - Ministerio de Educación Nacional.

2. En razón a dicho acuerdo, la demandante se hizo acreedora a un programa de capacitación contemplado dentro del mencionado convenio, en el cual el Distrito de Barranquilla mediante contrato suscrito con la Universidad Antonio Nariño de esa ciudad, desarrollaría un programa de profesionalización para docentes oficiales que sean tecnólogos o técnicos en preescolar y que hayan cursado cinco (5) semestres o más y que actualmente laboren con el Distrito de Barranquilla en instituciones oficiales en el nivel preescolar o grado Cero.

3. Cumpliendo a cabalidad con dichos requisitos, la actora, de acuerdo con la cláusula segunda del citado contrato, cumplió con el pago a la Universidad Antonio Nariño, del cuarenta por ciento (40%) de su costo total, correspondiendo el restante sesenta por ciento (60%) a la Nación - Ministerio de Educación Nacional.

4. Sin embargo, a pocos días de recibir el grado el cual estaba programado para el treinta (30) de octubre de 1997, la universidad a través de su representante legal, informó de manera verbal a la demandante que en la medida en que el Distrito de Barranquilla no había cumplido aún con su obligación contractual, en relación con el pago arriba mencionado, debería ella asumir la totalidad del pago, y, en el evento en que el Distrito procediere pagar posteriormente, le sería reembolsado su dinero. De no ser así, no se entregaría el título académico.

5. Mediante fotocopia que anexa la demandante, se constata que la Tesorería Distrital de Barranquilla posee una cuenta corriente con número 220-02082-0 del Banco Popular - Programa Cero, en donde se están depositados los dineros correspondientes al convenio para capacitación profesional del cual fue beneficiaria la señora Vergel Arévalo.

6. De esta manera, al ser evidente la existencia de los recursos económicos, la Universidad podría hacer efectivo el pago de dichos dineros a través de una acción judicial y no condicionado la entrega del título universitario a la actora.

Vistos los anteriores hechos, la demandante considera que la conducta desarrollada por la Universidad Antonio Nariño viola sus derechos fundamentales a la igualdad y educación, razón por la cual solicita su protección y pide que se conmine a la Universidad a respetar los derechos que tiene y, que se le ordene a la misma institución universitaria a que haga entrega a la actora del título de Licenciada en Preescolar, en la fecha y hora establecida para los grados.

B. PROVIDENCIAS QUE SE REVISAN.

Mediante sentencia del 14 de octubre de 1997, el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Barranquilla tuteló el derecho a la educación de la demandante. Consideró dicho juzgado que, la actitud tomada por la universidad de negarse a entregar el título que la acredita como profesional de educación preescolar, impide su desarrollo y desempeño en el campo profesional, lo cual sólo puede realizar con el título que la acredita como tal. En cuanto al derecho a la igualdad, de los hechos narrados por la actora no se infiere trato privilegiado por parte del centro universitario para con otros docentes que, en igualdad de condiciones a las de la actora

recibieron su título. Por lo anterior, dicho juzgado procedió a ordenar a la Universidad Antonio Nariño a hacer entrega, en el plazo de setenta y dos (72) horas, del diploma a la demandante, si aún no lo hubiere hecho.

Impugnada la decisión por la universidad Antonio Nariño, conoció en segunda instancia el juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla. Mediante decisión fechada el día 18 de diciembre de 1997, dicho juzgado resolvió revocar la decisión de la quo, y en su lugar denegar la tutela. Consideró dicho juzgado que de acuerdo a la fotocopia anexada al expediente del convenio celebrado entre la Universidad Antonio Nariño y el Distrito de Barranquilla, se puede constatar que éste, fue firmado por el señor Rector de dicha universidad pero no por el alcalde del distrito, razón por la cual no existe vínculo alguno que obligue a las partes. Por esta razón, la universidad está en todo su derecho de exigir de la actora el pago de la totalidad del programa por ella cursado. Finalmente, señala que de acuerdo a lo señalado por la universidad en el documento de impugnación, ésta no había graduado a ninguna persona, pues la fecha de grados había sido cambiada, lo cual implica que tampoco hay una indebida retención del título a que tiene derecho la demandante.

II. CONSIDERACIONES.

A. Competencia.

Según lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, esta Sala es competente para revisar las sentencias proferidas por el Juzgado Diecisiete Civil Municipal y Séptimo Civil del Circuito, ambos de Barranquilla.

B. El derecho fundamental a la educación.

El derecho a la educación, de acuerdo con lo establecido por la Carta política de 1991, se instituyó como derecho fundamental que merece una protección especial, y, como responsabilidad del estado, la comunidad y la familia.

Por otra parte, el Estado no sólo debe proporcionar la educación en los diferentes niveles de instrucción - básico intermedio y superior - sino que a su vez debe cuidar de los elementos que garanticen su calidad y velar por todos aquellos aspectos que de una u otra manera tengan directa relación con este derecho fundamental. La Corte Constitucional en relación con el derecho fundamental a la educación señaló lo siguiente, en la sentencia T-329 del 11 de julio de 1997, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz:

> *"Desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional ha sostenido que la educación es uno de los derechos constitucionales fundamentales, cuya importancia para el desarrollo de toda persona es incuestionable, pues contribuye a la efectividad del principio contemplado en el artículo 13 de la Carta Política, ya que "en la medida en que la persona tenga igualdad de posibilidades educativas tendrá igualdad de oportunidades en la vida para efectos de su realización como persona".*[1]
>
> *"Es claro que por hallarse la educación ubicada en la categoría de los derechos fundamentales, su titular dispone de los instrumentos que la hacen inmediatamente exigible frente al Estado o a los particulares que prestan ese servicio público, debido a lo cual la acción de tutela es un mecanismo apropiado para neutralizar aquellas acciones u omisiones que comporten la negación de las prerrogativas en que consiste el derecho."*

[1] Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-002 de 1992: M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Ahora bien, si las diferentes instituciones educativas -públicas o privadas- encargadas de prestar el servicio público de educación, como consecuencia de medidas académicas o administrativas, alteran o ponen en peligro el derecho fundamental a la educación, estarán efectivamente violando tal derecho y además desconociendo las obligaciones que adquieren para con los educandos.

El derecho a la educación debe entenderse por lo tanto, como factor de desarrollo humano, su ejercicio es uno de los elementos indispensables para adquirir las herramientas que permitan al ser humano desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información; es por ello que la educación cumple una función social que hace que dicha garantía se considere como un derecho deber que genera para las partes del proceso educativo obligaciones recíprocas de las que no pueden sustraerse porque realizan su núcleo esencial. (Cfr. sentencias T-256 de 1993 y T-137 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

Cuando las obligaciones surgidas entre los educandos y las instituciones educativas, se incumplen por unos u otros, tienen a su alcance otras vías judiciales. Pero sin lugar a dudas el derecho a la educación si podrá ser protegido de manera inmediata por vía de la tutela, cuando éste sea violado. Al respecto la Corte Constitucional, mediante sentencia T-612 del 16 de diciembre de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, reiterada en las sentencias T-027/94, T-573/95, T-235/96 y T-612/97, señaló lo siguiente:

> *"Igualmente se presenta la hipótesis de concurrencia de derechos, que no excluye o elimina el derecho del otro sino que establece prelaciones en el tiempo entre uno y otro, tal el caso de un derecho que pospone la efectividad del otro, de un derecho amparado por un privilegio de oportunidad, como el derecho de la autoridad pública frente al derecho del particular, derecho de la primera a expropiar y posteriormente, y en determinadas circunstancias temporo-espaciales, a indemnizar el derecho a la propiedad suprimido. En esta última hipótesis de coexistencia de derechos se plantea el conflicto entre el derecho no exclusivamente de orden patrimonial privado del centro docente, pues por su propia naturaleza es regularmente intervenido en razón del interés público de donde proviene y por petición de principio siempre sin suficiente retribución del pago de la educación recibida, pues no se trata de una simple operación de compraventa. Sin embargo, el interés más altamente reivindicable en todo ese concurso de esfuerzos, en tanto es el fin último y más auténtico de la educación, hace prevalecer en el tiempo de manera independiente el derecho del educando que no puede verse suspendido por el derecho del educador a recibir su natural estipendio. Aquí prevalece el derecho del educando, sin perjuicio de que exista el del educador, y con ello los medios jurídicos para hacerlo valer."*

En el presente caso, la Universidad Antonio Nariño, al momento de impugnar la decisión de primera instancia señaló que el trámite que se requiere para la graduación de sus estudiantes implica un período de por lo menos cuarenta (40) días, contados a partir del momento en que el estudiante se encuentre a paz y salvo **académicamente**, lo cual motivó que la fecha de grados fuere postergada del 30 de octubre de 1997 a la segunda semana de noviembre del mismo año. Por tal motivo, al momento de instaurar esta tutela no se había realizado ceremonia de graduación alguna y mucho menos se había retenido el título a algún estudiante.

Ahora bien, considerando que a la fecha de la presente decisión, podríamos estar ante una cesación de la actuación impugnada por la efectiva entrega de los títulos, no deja de advertir

la Sala que si aún no se ha celebrado graduación alguna, la institución universitaria no podrá retener título alguno o impedir la graduación a aquellos estudiantes que no se encuentren a paz y salvo en sus obligaciones económicas con la universidad, pues tal conducta estaría violando el derecho fundamental a la educación.

Lo anterior no significa que la institución educativa quede desprotegida para recibir el pago de lo adeudado, ya que la entrega del título no surtiría el efecto de liberar al deudor incumplido de su obligación, pago que podría buscar la universidad mediante el ejercicio de las acciones que se encuentran previstas en el ordenamiento civil. Entonces, es por dicha vía judicial y no a través de la retención del título, que la universidad lograría el pago de lo debido.[2]

En consecuencia, habrá que tutelar el derecho a la educación de la señora Yolanda Vergel Arévalo en la medida en que no se pudo verificar, si a la fecha de esta decisión, subsistía la vulneración del derecho inicialmente amenazado. Por lo tanto, se advierte a la Universidad Antonio Nariño de Barranquilla, que si al momento de producirse esta decisión no se ha realizado ceremonia de graduación, no podrá retener el título profesional a que tiene derecho la señor Vergel Arévalo, so pretexto del incumplimiento en las obligaciones económicas que ésta tiene con dicha institución educativa.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la decisión proferida en segunda instancia por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla de fecha 18 de diciembre de 1997 y en su lugar CONFIRMAR la decisión del juzgado Diecisiete Civil Municipal de esa misma ciudad, del 14 de octubre de 1997, pero con base en las consideraciones expuestas en esta sentencia.

Segundo. ADVERTIR a la Universidad Antonio Nariño de Barranquilla, que no podrá retener el título profesional a que tiene derecho la señora Vergel Arévalo, so pretexto del incumplimiento por parte de ésta, en las obligaciones contraídas con dicha institución.

Tercero. SURTASE el trámite previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

---

[2] Cfr. en el mismo sentido ver las sentencias T-027/94, T-573/95, T-235/96 y T-612/97

SENTENCIA T-240
mayo 21 de 1998

DERECHO DE PETICION EN VIA GUBERNATIVA-Aplicación

El derecho constitucional a obtener una respuesta oportuna y concreta no sólo tiene vigencia en cuanto atañe a la solicitud original que dio lugar al trámite administrativo, sino que también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más de tal derecho. "La vía gubernativa no es una gracia otorgada por la administración al particular. Su utilización tiene el doble carácter de derecho del administrado y de etapa que por regla general debe ser agotada en los términos previstos por el Código Contencioso Administrativo para poder acudir a la jurisdicción".

Referencia: Expediente T-160496.

Acción de tutela instaurada por César Agustín Saavedra Rojas contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los veintiún (21) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho(1998).

Se revisan los fallos proferidos por la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, y la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al resolver sobre el asunto en referencia.

I. INFORMACION PRELIMINAR

César Agustín Saavedra Rojas, a través de apoderado judicial instauró acción de tutela contra el Instituto de los Seguros Sociales, por estimar que dicha entidad había violado los derechos de petición, defensa y debido proceso.

Alegó el actor que el I.S.S. mediante resolución No. 004555 de mayo 23 de 1997, le negó la pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso de su cónyuge María Sonia Loaiza. Dentro del término de ley, presentó los recursos de reposición y en subsidio apelación, y para el momento en que impetró la demanda de tutela en estudio, la entidad demandada no había resuelto aún el recurso, habiendo sobrepasado el término legal para tal efecto.

II. DECISIONES JUDICIALES

La Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo del 19 de diciembre de 1997, negó la tutela en mención por considerar que el actor cuenta con otro medio judicial para hacer efectivos sus derechos, "el demandante puede de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del C. C. A. y si ha transcurrido el plazo de

dos (2) meses que contempla la disposición antes mencionada, acudir a la vía judicial y demandar el acto presunto de carácter negativo."

Esta providencia fue impugnada por el demandante y, en segunda instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en providencia de febrero 13 de 1998, confirmó la sentencia del *a quo* con iguales consideraciones.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela en referencia.

2. El derecho de petición y la vía gubernativa. Derecho fundamental a que los recursos se resuelvan oportunamente

En primer lugar, es necesario advertir que esta Sala halla menester corregir los criterios de los tribunales de instancia, en cuanto a los alcances que la jurisprudencia de esta Corporación ha dado al derecho de petición, puesto que ambos fallos olvidan que el derecho constitucional a obtener una respuesta oportuna y concreta no sólo tiene vigencia en cuanto atañe a la solicitud original que dio lugar al trámite administrativo, sino que también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más de tal derecho. "La vía gubernativa no es una gracia otorgada por la administración al particular. Su utilización tiene el doble carácter de derecho del administrado y de etapa que por regla general debe ser agotada en los términos previstos por el Código Contencioso Administrativo para poder acudir a la jurisdicción" (Sentencia T-294 de 1997).

En Sentencia T-304 del 1 de julio de 1994, dijo la Corte:

> *"Es relevante establecer que el uso de los recursos señalados por las normas del Código Contencioso, para controvertir directamente ante la administración sus decisiones, es desarrollo del derecho de petición, pues a través de ellos, el administrado eleva ante la autoridad pública una petición respetuosa, que tiene como finalidad obtener la aclaración, la modificación o la revocación de un determinado acto. Siendo esto así, es lógico que la consecuencia inmediata sea su pronta resolución.*
>
> *"(...)*
>
> *"No existe razón lógica que permita afirmar que la interposición de recursos ante la administración, no sea una de las formas de ejercitar el derecho de petición, pues si él le permite al sujeto participar de la gestión de la administración, así mismo, podrá como desarrollo de él, controvertir las decisiones.*
>
> *"Si bien el administrado puede acudir ante la jurisdicción para que resuelva de fondo sobre sus pretensiones (...) haciendo uso de las acciones consagradas en el Código Contencioso, aquél conserva su derecho a que sea la propia administración, y no los jueces, quien resuelva sus inquietudes, pues al fin y al cabo ella es la obligada a dar respuesta. Prueba de ello está en que si la persona no recurre ante la jurisdicción, la administración sigue obligada a resolver". (M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía).*

En el presente caso se tiene que la entidad demandada violó el derecho de petición del accionante, cuando en el trámite de la vía gubernativa se abstuvo de emitir pronunciamiento

sobre el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo que le negó la pensión de sustitución. El actor, está probado en el expediente, presentó desde el 26 de junio de 1997 el recurso de reposición, y en subsidio apelación, contra la resolución 004555 de mayo 23 de 1997 y al momento de presentar la tutela, diciembre de 1997, no había sido resuelto. En el mes de noviembre se eleva petición a la entidad accionada a fin de que responda el recurso y no se conoce respuesta alguna.

Por lo anterior, siendo clara la violación al derecho de petición en la fase de la vía gubernativa, la Corte se limitará a tutelar este derecho, revocando las decisiones de instancia, y ordenando al I. S. S. resolver los recursos interpuestos desde el 23 de mayo de 1997.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero . REVOCAR, la sentencia proferida por el Consejo de Estado en febrero 13 de 1998.

Segundo. CONCEDER la tutela impetrada por César Agustín Saavedra Rojas y, en consecuencia, ORDENAR al Jefe del Departamento de atención al pensionado y al Director del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca, que, si todavía no lo han hecho, resuelvan , a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas(48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, los recursos interpuestos por el accionante desde el 26 de junio de 1997 contra la resolución 004555 de mayo 23 de 1997.

Tercero. LIBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-241
mayo 21 de 1998

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto/**PENSION DE JUBILACION**-Improcedencia de tutela para decretarla

BONOS PENSIONALES-Procedencia de tutela para reclamar su remisión

LLAMADO A PREVENCION EN TUTELA-Remisión oportuna de bonos para pensión

Referencia: Expediente T-149704.

Procedencia: Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas.

Accionante: Rita Julia Alvarez.

Temas: Bonos pensionales.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES

1. La ciudadana Rita Julia Alvarez de Muñoz, instauró acción de tutela, contra el Jefe de la Sección del Fondo de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas y contra el Instituto de Seguros Sociales -Seccional Caldas, buscando la protección de sus derechos a la vida, salud, protección a las personas de la tercera edad e igualdad ante las autoridades.

2. Como sustento de su acción dice que fue nombrada en el Departamento de Caldas como profesora de enseñanza vocacional, mediante Decreto 088 de 19 de febrero de 1976 y que la posesión se llevó a cabo el día 11 de marzo de 1976. Es decir que. a la fecha de presentación de la tutela llevaba al servicio del Departamento de Caldas 21 años contínuos de labores.

La señora Rita Julia Alvarez nació el día 14 de diciembre de 1924 o sea que en la actualidad tiene 73 años de edad.

Por cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, la señora presentó la documentación a la Oficina de Prestaciones Sociales del departamento de Caldas. Esta petición fue negada mediante Resolución N° 002600 de noviembre 18 de 1996, porque según el Departamento de Caldas, la mencionada señora Rita Julia Alvarez había estado afiliada al Seguro Social, luego era esta entidad la responsable para otorgar la pensión.

Al hacer la señora la petición al Seguro Social, se le respondió que si bien tenía derecho a la pensión, ésta no era viable en razón de que el Departamento no había hecho transferencia del bono pensional ordenado por la ley. El Departamento, a la fecha de la presentación de la presente tutela, no había resuelto lo referente a los bonos pensionales.

3. En la tutela se solicita "se me tutelen mis derechos y en consecuencia se ordene al departamento de Caldas -Sección de Prestaciones Sociales, poner a disposición en el término de la distancia el dinero suficiente para que el ISS me otorgue la pensión solicitada. En su defecto se ordene al ISS que me pensione directamente y repita contra el Departamento". Es decir, la petición principal se refiere al giro del bono pensional por parte del Departamento de Caldas del I.S.S..

4. **Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante providencia del 23 de septiembre de 1997 concedió la tutela impetrada, porque consideró que: "El ISS debió dar aplicación al artículo 44 del Decreto 1748 de 1995; o, en su caso, teniendo en cuenta la fecha en que empezó a regir el Decreto 1474 de 1997 (junio 6) haberle dado aplicación al artículo 13". También dijo el Tribunal que el Fondo de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas se ha sustraído de cumplir con las previsiones del artículo 52 del Decreto 1748 por lo cual es posible amparar los derechos de las personas de la tercera edad.

Además, el Tribunal, en su fallo de primera instancia, ordenó compulsar copias de la Resolución 4216 de agosto 8 de 1997 con destino a la Procuraduría a fin de que se investigara la conducta omisiva de la jefe de la Sección Fondo de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas por la no emisión del bono pensional en su oportunidad.

5. **Impugnación**

La Jefe de la Sección Fondo de Pensiones y Prestaciones Sociales de la Gobernación de Caldas, inconforme con la decisión de primera instancia, impugnó el fallo referido manifestando las siguientes razones de inconformidad:

> *"1. En cumplimiento de lo ordenado por el artículo 151 parágrafo de la Ley 100 de 1993, mediante Decreto 00118 del 30 de junio de 1995 se adoptó en el Departamento de Caldas el Sistema General de Pensiones, a partir del primero de julio de 1995 para todos los servidores públicos del orden departamental y de sus entidades descentralizadas.*
>
> *"2. De acuerdo al Decreto 1296 de junio de 1994, se creó en Caldas la Cuenta Especial Fondo de Pensiones Territorial, mediante Ordenanza 137 del 21 de junio 1995, modificada por la Ordenanza 173 del 28 de diciembre de 1995.*
>
> *"3. Conforme a lo estipulado en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, mediante el cual se establece que son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones entre otros los servidores públicos, y al Decreto 1068 de 1995, inmediatamente después de adoptado el Sistema General de Pensiones en el departamento de Caldas, se solicitó a los servidores públicos de la Gobernación de Caldas la selección del Régimen de Pensiones.*

"4. Como muchos de ellos no se pronunciaron, la Gobernación de Caldas, a través de la Jefatura de Personal, dio cumplimiento a lo preceptuado en el Decreto 1642 de 1995, trasladado, éste, en su calidad de empleador, las cotizaciones de éstos al Instituto de Seguros Sociales, afiliación que se efetúo con retroactividad al primero de julio de 1995.

"5. El Fondo de Pensiones Territoriales tiene como funciones:

a. Seguir cancelando las mesadas a quienes estuvieran pensionados a 30 de junio de 1995.

b. Reconocer y cancelar las pensiones a quienes a 30 de junio de 1995 tuvieran el derecho adquirido (es decir tuvieran tiempo y edad para pensionarse).

c. Reconocer y cancelar las pensiones a quienes a 30 de junio de 1995 tuvieran tiempo más no la edad, cuando cumplieran la edad, siempre y cuando no estuvieran afiliados a una Administradora de Pensiones y de acuerdo al artículo 15 de la Ley 100 de 1993, no está afiliado a una Administradora de pensiones quien no sea servidor público, o no tenga contrato de trabajo".

Aduce la impugnante que es al Instituto de los Seguros Sociales a quien le corresponde reconocer la pensión de jubilación conforme al artículo 5 del Decreto 1068 de 1995 por estar afiliada a esa administradora de pensiones, ya que de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997, no es requisito para el reconocimiento de la pensión el que se haya emitido el respectivo bono pensional. Manifiesta que el Departamento de Caldas de modo alguno se ha sustraído de las obligaciones propias que le asignó la Ley 100 de 1993.

6. **Sentencia de segunda instancia**

La Sección Cuarta de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, profirió sentencia de segunda instancia el 24 de octubre de 1997. Consideró que había otros medios de defensa y por lo tanto revocó la providencia impugnada.

7. **Pruebas dentro de la etapa de revisión**

La Sala Séptima de Revisión consideró que era necesario dictar un auto para mejor proveer, y, por ello, el 31 de marzo de 1998, se decretaron pruebas. Solamente se recibió información en este sentido:

El 17 de abril de 1998, el Departamento de Caldas, mediante consignación N° 165000000-129, y por medio de cheque, puso a disposición del "I.S.S -PENSIONES - BONOS PENSIONALES" la suma de $24'588.000,oo, relacionado con el reconocimiento de la pensión de la citada señora".

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

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

B. TEMAS JURIDICOS

Dos son las solicitudes que se plantean mediante la presente tutela: en primer lugar, la obligación de remitir los bonos pensionales por parte de la Entidad Territorial al Instituto de

los Seguros Sociales. Como esto ya se hizo en abril de 1998, estando el expediente para fallo en la Corte Constitucional, ello implica, en principio, una carencia de objeto para el fallo de tutela; pero, no impide hacer un llamado a prevención si se ve que se ha incurrido en violación de un derecho fundamental. Y, un segundo punto, que no tiene asidero en la presente tutela: que se ordene mediante esta acción decretar la pensión de jubilación. Este aspecto no será objeto de estudio a fondo, puesto que ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de que por fallo de tutela no se pueden decretar pensiones. Entonces, para efectos jurisprudenciales se analizará únicamente, lo referente a los bonos pensionales, máxime cuando la Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunció al respecto. Es decir, se aplica al presente caso lo decidido en una sentencia de insconstitucionalidad C-177 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero en la parte que dice:

"Como es natural, para poner en marcha ese sistema general de pensiones, resultaba necesario establecer mecanismos de transición que permitan acumular semanas o períodos efectuados ante distintas empresas o entidades de seguridad social, puesto que no resulta armónico con principios elementales de responsabilidad que una entidad de seguridad social deba reconocer los tiempos laborados y cotizados por un trabajador ante otra entidad. Así, según el ejemplo presentado anteriormente en esta sentencia, no parece justo que el ISS deba reconocer las semanas cotizadas por un aviador ante Caxdac, si ésta última entidad no hace el traslado efectivo del bono pensional, puesto que el ISS no tenía ninguna vigilancia sobre Caxdac ni sobre las empresas de aviación. Por ende no puede imponerse al ISS una responsabilidad por un hecho totalmente ajeno a sus competencias y a su voluntad. En esta segunda hipótesis no son válidas entonces las razones señaladas en los fundamentos 8 y 9 de esta sentencia para imponer a la EAP el reconocimiento y pago de las semanas laboradas por el trabajador, incluso si el patrono no había efectuado el correspondiente traslado, por cuanto la situación es distinta. En efecto, en la primera hipótesis, la EAP no sólo tiene un deber de vigilancia sobre la empresa sino que cuenta además con amplias facultades para hacer efectivo el pago de los aportes. En esta segunda hipótesis, por el contrario, el ISS carece de mecanismos de control sobre Caxdac ya que, en el pasado, se trataba de regímenes prácticamente separados.

En tal contexto es que encuentra perfectamente sentido la disposición acusada, según la cual, para que en estos casos pueda operar la acumulación de tiempos y semanas, es necesario que la anterior caja previsional privada o la empresa efectúe el correspondiente traslado del bono pensional. Por ende, en este caso la norma impugnada no sólo es claramente adecuada para alcanzar una finalidad constitucionalmente importantes, como es proteger los recursos parafiscales destinados a pensiones, sino que, no resulta razonable imponer, en el sistema de prima media con prestación definida, a una EAP, como el ISS, el reconocimiento de una semanas cotizadas ante una empresa o ante otra entidad de seguridad social, cuando la EAP no sólo no recibió los dineros sino que, además, no tenía ninguna responsabilidad por el recaudo de esas sumas. La declaratoria de inexequibilidad impondría entonces, de manera inmediata, una carga financiera a determinadas EAP, la cual puede resultar no sólo contraria a criterios elementales de responsabilidad sino que además podría afectar la solvencia financiera de esas EAP, con lo cual se podría incluso poner en peligro la viabilidad misma del sistema general de pensiones diseñado por la Ley 100 de 1993.

De otro lado, la Corte considera que es necesario tomar en cuenta que la Ley 100 de 1993 no ha restringido la posibilidad de acumular semanas o períodos laborados para el reconocimiento de las pensiones sino que ha pretendido universalizarlo y corregir así inequidades del pasado, con

lo cual esa legislación promueve una igualdad real y efectiva (C.P. artículo 13). Lo que sucede es que para alcanzar esa finalidad es necesario prever mecanismos de transición, como el establecido por la norma acusada, debido no sólo a la anterior desarticulación que existía en el régimen pensional en el país sino además, por cuanto la seguridad social es un derecho prestacional que debe ser satisfecho con recursos económicos e institucionales limitados. Es cierto que tales mecanismos de transición pueden implicar ciertas cargas importantes para determinadas personas, pero la Corte entiende que esas diferencias de trato encuentran mayor justificación en estos procesos de cambio en que el Legislador pretende alcanzar una mayor justicia social, ampliando la cobertura de estos derechos prestacionales. En efecto, en tales eventos, la ley no está incrementando las desigualdades sociales en un determinado aspecto, caso en el cual el control constitucional debería ser más intenso, sino que, por el contrario, está reduciendo progresivamente y por etapas tales desigualdades. Y esta estrategia es constitucionalmente admisible ya que en muchas ocasiones es irrazonable exigir al Legislador que corrija de manera inmediata agudas desigualdades del pasado, si los recursos son limitados para tal efecto, o los diseños institucionales necesarios para lograr el objetivo previsto son complejos y requieren difíciles procesos de ajuste. En tales casos, y siempre y cuando la ley no recurra a categorías discriminatorias, o no imponga cargas excesivas a determinados grupos poblacionales en condiciones de debilidad manifiesta, la Carta autoriza una corrección progresiva de las desigualdades. En efecto, la igualdad real y efectiva entre los colombianos es un objetivo que el Estado debe promover y buscar (C.P. art 13) pero resulta ingenuo pensar que esa igualdad puede ser alcanzada de manera inmediata en todos los campos. Esta Corporación ya había señalado al respecto:

> *"A veces es necesario y razonable que estos problemas acumulados sean corregidos en forma progresiva, siempre y cuando, al hacerlo, las autoridades no utilicen criterios discriminatorios. El examen de constitucionalidad no puede ser entonces muy estricto, por cuanto la asignación de recursos escasos para corregir injusticias acumuladas implica difíciles problemas de evaluación del impacto y de las posibilidades reales de las distintas políticas, por lo cual en principio corresponde a los órganos políticos debatirlas y adoptarlas. El Legislador goza entonces de una cierta libertad para escoger entre cursos alternativos de acción, según la razonable evaluación que haga de las diferentes estrategias.[1]"*

Por ello la propia Carta establece que la ampliación de la cobertura de la seguridad social debe ser progresiva (C.P. artículo 48), lo cual concuerda con lo preceptuado por los pactos internacionales de derechos humanos, los cuales han precisado que los derechos prestaciones, como la seguridad social, son de realización progresiva y deberán ser garantizados por el Estado de acuerdo a los recursos de que disponga[2], lo cual no significa, empero, que tales derechos carezcan de eficacia jurídica. En efecto, esta Corte ya había precisado sobre este punto lo siguiente:

"El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un

---

[1] Sentencia C-448 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 13.

[2] Ver el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales de las Naciones Unidas y el artículo 1º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"

contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los "derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico" (Principio de Limburgo No 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar "todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles", por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales.[3]*"*

Conforme a lo anterior, la Corte mantendrá en el ordenamiento el inciso acusado. Sin embargo, esta Corporación entiende que una declaración de exequibilidad pura y simple de esa norma es constitucionalmente problemática ya que podría implicar cargas desproporcionadas para aquellos trabajadores que no pueden acumular, para el reconocimiento de su pensión, tiempos que fueron efectivamente laborados. En efecto, no se puede olvidar que la Carta no sólo protege el pago oportuno de las pensiones sino que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P. arts 48 y 53). Además, tampoco se puede desconocer que de todos modos, en esas relaciones, el trabajador sigue siendo el sujeto jurídico más débil del sistema, por lo cual merece una especial protección del Estado (C.P. artículos *13 y 25). Por ende, y para lograr un mayor equilibrio y protección a los derechos de los trabajadores, sin afectar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, es necesario interpretar la disposición acusada de conformidad a la Carta.*

Así, para que la disposición impugnada no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye una obligación para las dos entidades. Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia. Es entonces deber del Legislador desarrollar en concreto ese mecanismo judicial, tomando en cuenta las especificidades y complejidades de la situación; sin embargo, como tal mecanismo no existe, la Corte recuerda que los derechos fundamentales no son exclusivamente aquellos consagrados de manera taxativa en el Título II, Capítulo I de la Carta[4]*. Por ende, la seguridad social puede ser un derecho fundamental por conexidad con otros derechos de rango fundamental, cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad (C.P. artículo 46)*[5]*.*

---

[3] Sentencia C-251 de 1997. MP. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 8.

[4] T-002 de 1992,

[5] Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-181 de 1993, T-426 de 1992.

Así mismo, la doctrina constitucional ha señalado que, cuando se afecte el mínimo vital de personas de la tercera edad, el derecho al pago de la pensión de vejez o de jubilación también tiene el carácter de derecho constitucional fundamental[6]*, como quiera que se deriva directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social*[7] *y al trabajo, pues "nace y se consolida ligado a una relación laboral"*[8]*. Igualmente, en determinados casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexidad con la violación a la igualdad o al debido proceso, conforme a la doctrina constitucional elaborada por esta Corporación en la sentencia SU-111 de 1997. En tales circunstancias, la Corte entiende que la tutela puede ser procedente en aquellos casos en que la acumulación de esas semanas, y por ende el traslado de las sumas cotizadas, aparecen asociados al desconocimiento del mínimo vital o a la violación de la igualdad y del debido proceso."*

Significa lo anterior que, una persona que desea obtener su pensión de jubilación puede acudir a la tutela para reclamar la remisión de los bonos pensionales a la entidad que le va a decretar la prestación.

CASO CONCRETO:

La solicitante tenía todo el derecho para pedirle a la gobernación del departamento de Caldas que remitiera lo correspondiente a los bonos pensionales al Instituto de Seguros Sociales. Como hubo un retardo injustificado en tal obligación, perfectamente podía acudir a la acción de tutela y esta hubiere prosperado antes de que dicho departamento remitiera los aludidos bonos. Como el departamento finalmente envió los bonos al ISS ha ocurrido una sustracción de materia. Pero, lo anterior no es óbice para que esta Sala de Revisión haga un llamado a prevención a fin de que en casos similares no vuelva a ocurrir la injustificada demora.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR, la sentencia de segunda instancia, proferida en la tutela de la referencia, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

Segundo. Por Secretaría se librará de inmediato la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Tercero. HACER UN LLAMADO A PREVENCION a la gobernación del departamento de Caldas para que en los casos similares al que motivó la presente acción de tutela se resuelva con prontitud las solicitudes de traslado de los bonos pensionales.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

---

[6] Sentencias T-005 de 1995, T-063 de 1995, T-323 de 1996, T-606 de 1995, T-051 de 1996, T-202 de 1996, T-081 de 1997, T-299 de 1997, entre muchas otras.

[7] Sentencias T-135 de 1993, T-181 de 1993, T-156 de 1995, T-437 de 1995

[8] Sentencia T-453 de 1992, T-181 de 1993.

SENTENCIA T-242
mayo 21 de 1998

DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Pago oportuno de mesadas pensionales actuales y futuras/**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**-Pago de mesadas pensionales atrasadas

CUMPLIMIENTO DE FALLOS DE TUTELA-El no pago de prestaciones sociales frente a la prohibición de prisión por deudas

Referencia: Expediente T-150278.

Procedencia: Juzgado Civil Municipal de Riohacha.

Accionante: Gilberto Guzmán Díaz.

Tema: Pensión de jubilación. Reiteración de Jurisprudencia.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela instaurada por Gilberto Guzmán Díaz contra la Alcaldía de Riohacha.

ANTECEDENTES

a) Los principales hechos de la demanda, se resumen así:

El señor Gilberto Francisco Guzmán Díaz, ex trabajador del Municipio de Riohacha, fue pensionado por dicha Entidad mediante Resolución 138 del 9 de abril de 1990, recibiendo como mesada una cantidad equivalente al salario mínimo legal.

La mesada pensional le ha sido pagada con varias interrupciones, y, en el instante de instaurarse la tutela, se había incurrido en atraso desde el mes de febrero de 1997. Con posterioridad a la presentación de la acción, aún no se le habían cancelado las mesadas de

marzo a diciembre de 1997, aunque sí los tres primeros meses del presente año, pero no lo subsiguientes, según informó a la Corte Constitucional la Secretaria Privada del Municipio de Riohacha.

Dicha situación le ha generado perjuicios a él y a su esposa, Rosario Felicia Valdeblánquez, quien ha requerido de asistencia médica por enfermedad grave. Considera el solicitante que se le han vulnerado sus derechos a la vida y a la subsistencia.

b) El Juzgado Segundo Civil Municipal de Riohacha rechazó la acción de tutela porque, en su sentir, hay otros medios judiciales para reclamar las mesadas pensionales. Dijo, además:

> *"... Estima el despacho que este excepcional mecanismo no puede ser utilizado para cobrar sumas de dinero o deudas ; no sólo por resultar sumamente discutible que la cancelación de una obligación pecuniaria revista el carácter de un derecho constitucional fundamental, sino, porque en el evento de que procediera este medio de protección, ocurriría que de no cumplirse la orden de pago inmediato, impartida a través del fallo de tutela, tal desacato tendría como consecuencia ineludible la de privar de la libertad a quien no cumpliere la imposición, en virtud de lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 y en ese orden se violaría el artículo 28 de la Carta Fundamental que expresamente prohíbe la detención, prisión o el arresto por deudas".*

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. REITERACION DE JURISPRUDENCIA

Ha dicho la Corte Constitucional, en jurisprudencia que viene al caso para definir lo que se discute en la presente acción de tutela:

> *"Los fallos de instancia son unánimes al señalar el proceso ejecutivo laboral como mecanismo judicial de defensa al que deben acudir los actores, y el que hace improcedente amparar los derechos fundamentales cuya efectividad ellos reclaman. Sin embargo en todos se olvida que la eficacia del mecanismo alterno para la defensa de los derechos fundamentales, debe ser evaluada por el juez de tutela teniendo en cuenta la situación del actor (artículo 6 del Decreto 2591 de 1991).*
>
> *"En los procesos que se revisan, dos de los actores son personas de la tercera edad, y la doctrina constitucional ha sido clara al señalar que la ancianidad es una situación de debilidad manifiesta, que amerita una protección especial; véanse por ejemplo, las sentencias T-156/95 y T-147/95 Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara ...*
>
> *"Además, en los tres casos está acreditado que el sustento mínimo vital de los actores y de sus familias depende del pago oportuno de las mesadas pensionales, y ninguno de los demandantes está en condiciones físicas de procurarse otro ingreso acudiendo al mercado laboral. Según la Jurisprudencia reiterada de la*

Corte constitucional, la verificación de los anteriores hechos es suficiente para que proceda la tutela de manera definitiva y se ordene el restablecimiento de los pagos (ver las sentencias T-212/96, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, T-076/96 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía).

"Además, si bien los actores deberán acudir al proceso ejecutivo laboral para reclamar las mesadas que ya se dejaron de pagar (téngase en cuenta que las rentas naciones son embargables en èsta clase de procesos, de acuerdo con la sentencia C-546/92 Magistrados Ponentes Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero), corresponde al juez de tutela ordenar que se garantice debidamente el pago de las mesadas pensionales futuras (ver las sentencias T- 500/96 Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, y T-323/96 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz)."[1]

C. CASO CONCRETO

En el presente caso, existe mora por parte de la entidad accionada, al dejar de pagar durante el año de 1997 diez mensualidades, y, en el presente año las dos últimas mesadas pensionales del solicitante (de 72 años), quien expresa que dicho estipendio es indispensable para el sostenimiento de él y de su familia, es decir, es su mínimo vital, luego, la tutela debe prosperar, en cuanto a las mesadas actuales . No necesita demostrar el solicitante que la mesada es su único sustento, porque hay una conexidad necesaria, tratándose de personas de la tercera edad. Por supuesto que la tutela se predica de las mesadas actuales y futuras porque para las anteriores, su reclamación es por juicio ejecutivo, así fue determinado en la jurisprudencia que se reitera en el presente fallo.

Por otro aspecto, esta Sala de Revisión no puede pasar por alto la argumentación consignada en el fallo que se revisa. El Juez niega la tutela, entre otras razones, porque, según él, por un lado el derecho a cobrar no constituye derecho fundamental, y por otro lado, si se decretara la tutela se correría el riesgo de que la orden dada se incumpliera, se iniciaría por lo tanto el incidente de desacato y ello significaría que se condenaría a detención al funcionario remiso, según el Juez Segundo Civil Municipal de Riohacha tal proceder violaría la norma constitucional que prohíbe la prisión por deudas. Estas dos apreciaciones merecen un enfático rechazo por parte de esta Sala de Revisión.

No se trata de que el reclamo de cumplimiento de obligaciones constituya un derecho fundamental para el perjudicado por la mora. Lo que la Corte ha dicho es que, estando de por medio el mínimo vital de un jubilado, quien ha sido desplazado del mercado laboral y por lo tanto se presume que el sostenimiento de él y de su familia depende de la exigua mesada que recibe, entonces, la protección a dicho mínimo vital está íntimamente relacionada con el derecho a la vida.

En cuanto a la curiosa opinión del Juez de Riohacha de que si la sentencia se incumple, se incurre en desacato y hay lugar a detención, de lo cual el juez deduce que no se debe otorgar la tutela, porque según la Constitución no hay prisión por deudas, es éste un argumento infantil y peligroso ya que parte de la base de que las sentencias no se cumplen, lo cual no es argumento para una decisión de quien al administrar justicia tiene la obligación de preocuparse por la búsqueda del orden justo. Peor aún es afirmar que no se debe conceder la tutela para que no haya detención para el violador de los fallos, porque se llegaría al absurdo que el Juez nunca debería concederse una tutela en tratándose de derechos prestacionales, con implicaciones

[1] Sentencia T-160/97, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

de pago. Esta actitud del juez de Riohacha facilitaría la violación de los derechos fundamentales. El Juez debe buscar todo lo contrario: que no se violen esos derechos. El proceder del juez de instancia merece ser investigado por la Procuraduría.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia materia de revisión y en su lugar, tutelar los derechos a la vida y a la seguridad social de Gilberto Francisco Guzmán Díaz.

Segundo. ORDENAR al Alcalde Municipal de Riohacha que, si aún no lo ha hecho, reanude el pago de las mesadas pensionales de Gilberto Francisco Guzmán Díaz en el término máximo de 48 horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, so pena de las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato.

Tercero. ENVIAR copia del presente fallo a la Procuraduría General de la Nación para los efectos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto. COMUNICAR la presente providencia al juzgador de primera instancia para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-243
mayo 21 de 1998

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-No remuneración de servidor público encargado por ausencia temporal

REGIMEN DE ENCARGO-No retribución salarial del cargo transitoriamente desempeñado/**DERECHO A LA REMUNERACION/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**-Pago de salarios por la administración

Ya que no es posible por prohibición legal que se retribuya el servicio con la asignación salarial del cargo transitoriamente desempeñado, en guarda del derecho constitucional a la remuneración y de la prevalencia del Derecho sustancial sobre pretextos procedimentales secundarios, como lo es en este caso el obstáculo de la licencia, debe la Administración pagar el salario correspondiente al empleo que la actora venía ejerciendo en propiedad. Sostener lo contrario sería tanto como patrocinar una injusticia, y no sólo eso, sino una flagrante vulneración de las garantías constitucionales, en cuanto, según los hechos, es imposible desconocer que la demandante prestó sus servicios a la Rama Judicial durante los señalados lapsos.

DERECHO AL TRABAJO-Derecho irrenunciable a ser recompensado proporcionalmente al servicio prestado

El derecho al trabajo lleva implícito el derecho irrenunciable a ser recompensado de manera proporcional al servicio que se presta. Es decir, el trabajador devenga desde la iniciación misma de sus labores y tiene derecho a la totalidad de su asignación, computando todo el tiempo de sus servicios, desde el primero y hasta el último día de ellos, sin perjuicio de las prestaciones respectivas, aun en los casos en los que no se ha formalizado su vinculación, si prueba que en efecto trabajó. El derecho a una remuneración por la labor cumplida está constitucionalmente garantizado.

PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL-Excepción en los encargos del sector público

PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS

CONSTITUCION POLITICA-Aplicación de la ley conforme a los mandatos superiores

Con arreglo al artículo 4 de la Constitución, que es norma de normas, quienes tienen la atribución de aplicar las de la ley deben buscar, propiciar y preferir la interpretación y aplicación de éstas que mejor se ajusten a los mandatos superiores y procurar en todo caso, con mayor razón, que, en caso de duda, el entendimiento seleccionado no implique pugna o ruptura con el sistema jurídico que la Carta Política instaura.

DERECHO A LA REMUNERACION-Racionalización del gasto público no puede afectarlo

La racionalización del gasto público no puede conducir a la solución injusta en virtud de la cual una persona que ha prestado sus servicios a la Rama Judicial carezca en absoluto del derecho a una remuneración.

DERECHO A LA REMUNERACION-Protección por tutela

REGIMEN DE ENCARGO-Solicitud de licencia no remunerada para su ejercicio

Referencia: Expediente T-153231.

Acción de tutela instaurada por Nelly de Jesús Mena Murillo contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial de Santa Fe de Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los veintiún (21) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se revisa el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado 15 Laboral del Circuito del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Nelly de Jesús Mena Murillo instauró acción de tutela contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Santa Fe de Bogotá, por estimar violados sus derechos a la igualdad y al trabajo, así como el de petición.

Relató la demandante que actualmente se desempeña como Juez Regional, y que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia la eligió para ocupar el cargo de Magistrada del Tribunal Nacional en los períodos comprendidos entre el 8 de enero y el 1 de febrero, y del 3 al 24 de febrero de 1997, para reemplazar temporalmente al Dr. Gilberto Cortés Nomeling, a quien para el primero de los mencionados lapsos se le había concedido una comisión de servicios, y en el segundo período había tomado sus vacaciones.

Alegó la actora que, a pesar de haber ocupado dicho cargo durante los señalados lapsos, la Pagaduría de la Rama Judicial en Santa Fe de Bogotá se había negado a cancelarle el salario correspondiente. Dijo la peticionaria que inicialmente esa oficina adujo como pretexto para el no pago el hecho de estar a la espera de una resolución del Consejo Superior de la Judicatura, y que luego aquella dependencia se amparó en la prohibición establecida en el inciso 1 del artículo 18 de la Ley 344 de 1996, "sin tener en cuenta la salvedad contenida en el citado canon, que le ordena al ente pagador realizar las gestiones pertinentes para la disponibilidad presupuestal, máxime si el funcionario anualmente tiene derecho al disfrute de sus vacaciones, no sólo en el sistema de las vacaciones colectivas, sino en el régimen de las individuales, como en el presente caso".

La funcionaria resaltó que su nombramiento en encargo como magistrada en el primero de los citados períodos se había producido el 12 de diciembre de 1996, y que la Ley 344 sólo entró a regir el 31 de diciembre del mismo año.

Aseveró que en reiteradas oportunidades había solicitado a las direcciones ejecutivas de Administración Judicial de Santa Fe de Bogotá y de Medellín la cancelación de los sueldos

correspondientes al tiempo en que ocupó el cargo de Magistrada, pero que no obtuvo respuesta positiva, motivo por el cual pidió que por lo menos le cancelaran el salario como Juez, en la medida en que laboró durante los períodos señalados y no recibió remuneración alguna pues "de proseguir la situación, entraría a vigencias expiradas".

Cabe anotar que, según consta en el expediente (folio 14), a la peticionaria se le concedieron licencias no remuneradas para que pudiera desempeñarse como Magistrada del Tribunal Nacional en las fechas comprendidas entre el 8 de enero y el 1 de febrero de 1997, y del 3 al 24 de febrero del mismo año.

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial -Unidad de Recursos Humanos, División de Asuntos Laborales-, mediante oficio del 5 de junio de 1997, adujo que no se le podía pagar a la solicitante la remuneración correspondiente a magistrado de tribunal, toda vez que el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 "consagra la prohibición de pagar al servidor público que sea encargado transitoriamente por ausencia temporal del titular, de un empleo diferente para el cual fue nombrado, la remuneración que corresponda a dicho empleo cuando el titular la continúe devengando", como en este caso efectivamente ocurrió.

En dicho oficio se afirmó que como la peticionaria tomó posesión del cargo el 8 de enero de 1997, el artículo 18 de la Ley 244 de 1996 debe aplicarse al caso en cuestión, ya que ella empezó a regir el 31 de diciembre de 1996. Por último, se expresó que "respecto a la solicitud de cancelar el salario de esas fechas como juez, se están adelantando diligencias en coordinación con la seccional de Administración Judicial de Antioquia para establecer la viabilidad del aludido pago".

Por su parte, la Unidad de Presupuesto de la Dirección Seccional de la Rama Judicial en Antioquia, mediante oficio del 2 de septiembre de 1997 solicitó al Director de la Unidad Administrativa de Asuntos Laborales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial que realizara los trámites, "con el fin asignar la partida para el pago del encargo efectuado por la Doctora Mena como Magistrada del Tribunal Nacional, del cual tomó posesión el 8 de enero de 1997, fecha en la que comenzó a disfrutar de licencia no remunerada como Juez Regional, cargo para el cual fue designado por la Corporación el respectivo reemplazo".

En cuanto atañe a la solicitud de pago del salario como Juez Regional, estimó dicha oficina que no podía prosperar esa pretensión, ya que "no es procedente efectuar un doble pago en este cargo, ya que fue reemplazada en razón de su licencia".

En el curso del proceso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó un informe en el cual alegó la improcedencia de la tutela, ya que ejecución presupuestal "hace parte de una función esencialmente administrativa que, por su misma naturaleza, requiere de la apreciación y evaluación por parte del ejecutivo en cuanto a las prioridades de los gastos e inversiones y en relación con el momento propicio para acometer obras específicas" y resaltó que la inclusión de una partida dentro del presupuesto, no conduce a la "exigibilidad inmediata de su ejecución, pues ésta depende, además, de la disponibilidad efectiva de los recursos de tesorería destinados a la satisfacción de la necesidad de que se trata y se halla sujeta a las prioridades que establezcan la Constitución y la ley, o a las que, en uso de sus atribuciones, la propia administración haya fijado".

A su vez, el Director de la División de Asuntos Laborales -Unidad de Recursos Humanos- de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial presentó un informe al juez de instancia en el cual aseveró:

> *"Al estudiar el contenido de la norma antes transcrita -artículo 18 de la Ley 344 de 1996-, frente a los antecedentes señalados, se observa que si bien es cierto la Doctora prestó sus servicios como Magistrada del Tribunal Nacional durante el*

tiempo comprendido entre el 8 de enero al 1 de febrero, por comisión de servicios concedida al titular y del 3 de febrero al 24 de febrero del presente año por encontrarse en vacaciones el titular, también lo es que no sería viable reconocer salarios en calidad de Magistrada, por configurarse los elementos que constituyen la prohibición establecida en la citada ley, como son que se trata de una servidora pública y que durante el término que se llevó a cabo el encargo, el titular del cargo, estaba percibiendo la remuneración correspondiente. Adicionándose el hecho que cuando la Doctora Mena Murillo tomó posesión por primera vez el 8 de enero del presente año, la ley en mención estaba vigente.

Igualmente, es importante destacar que a la Doctora Mena Murillo se le concedió licencia no remunerada como Juez Regional de Medellín durante los períodos ya señalados, habiendo sido remplazada en encargo por el Dr. Jhon Elkin Mejía, significando que durante el encargo efectuado por el Dr. Mejía éste percibió la remuneración como Juez Regional" (Ver folios 61 y 62 del expediente).

II. LA PROVIDENCIA OBJETO DE REVISION

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá mediante fallo del 26 de noviembre de 1997 declaró improcedente la acción de tutela incoada. En su criterio, la accionante podía instaurar "las acciones ejecutivas pertinentes, las acciones derivadas de la Ley 393 de 1997 o de la jurisdicción coactiva, ya que tratándose de un derecho cierto (salarios), bastaría con hacerlo efectivo por una de estas vías para obtener de manera compulsiva la orden que obligue a satisfacer su pago a quien adquirió ese compromiso".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo en referencia, de conformidad con lo previsto por la Constitución Política (artículos 86 y 241), y por el Decreto 2591 de 1991.

2. La cosa juzgada constitucional. El régimen de encargos. El derecho irrenunciable a percibir una remuneración

En el presente caso se trata de determinar si las decisiones adoptadas por las autoridades demandadas, al haber negado el pago del salario a la peticionaria, han desconocido su derecho al trabajo. Antes que todo se tendrá que dilucidar si la Juez Regional, por el hecho de haber reemplazado transitoriamente a un Magistrado del Tribunal Nacional, tiene o no derecho a percibir una remuneración y, en dado caso, cuál es el salario que le corresponde.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que el artículo 18 de la Ley 344 de 1996, cuyo objetivo es lograr la racionalización del gasto público, establece la siguiente prohibición:

*"**Artículo 18.** Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.*

Ninguna entidad territorial u organismo del Estado podrá encargar provisionalmente a servidor público alguno para ocupar cargos de mayor jerarquía sin la disponibilidad presupuestal correspondiente. El funcionario que contravenga lo dispuesto en este inciso incurrirá en falta disciplinaria y será responsable civilmente por los efectos del mismo" (Se subraya).

La mencionada norma fue declarada exequible por esta Corporación, mediante Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997. Estimó la Corte que la disposición acusada es "eminentemente transitoria y, por tanto, coyuntural, a la cual no cabe aplicar el principio de 'a trabajo igual salario igual', pues si bien es cierto que el servidor encargado de asumir transitoriamente las funciones propias de un cargo, por ausencia temporal del titular, éste debe desempeñar dichas funciones durante un lapso, generalmente corto, no por ello asume la totalidad de las prerrogativas, preeminencias y responsabilidades que corresponden al titular..." (se subraya).

Así, pues, según los términos de la ley -que en su oportunidad fue objeto de juicio constitucional ante este Tribunal, y cuya decisión hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, con efectos *erga omnes*-la demandante no tiene derecho a percibir la remuneración correspondiente al cargo de Magistrado del Tribunal Nacional.

Ahora bien, lo que la norma legal no prohíbe es que la funcionaria reciba el salario que venía devengando como Juez Regional.

Es necesario tener en cuenta que para poder asumir el cargo de Magistrada del Tribunal Nacional, la peticionaria se vio obligada a retirarse temporalmente de sus labores como Juez Regional pues, de acuerdo con la naturaleza de sus funciones, no podía ser al mismo tiempo juez de primera y de segunda instancia. Por ello la demandante pidió una licencia no remunerada - y no la licencia remunerada que está prevista en el artículo 135 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia para los casos de "incapacidad por enfermedad o accidente de trabajo o por el hecho de la maternidad"-.

Cosa muy distinta habría ocurrido si en lugar de haber sido nombrada en encargo, a la funcionaria se le hubiera nombrado provisionalmente, de conformidad con lo señalado en el artículo 132, numeral 2, pues en tal caso, según lo dispone el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 344, la peticionaria habría tenido derecho a devengar el salario correspondiente al cargo que había ocupado provisionalmente, siempre y cuando hubiera existido disponibilidad presupuestal.

Pero lo cierto es que en el presente evento se hizo uso de la figura del encargo, motivo por el cual debe darse aplicación a la prohibición contenida en el artículo 18, inciso 1, de la Ley 344 de 1996.

De esta forma, aunque resulta evidente que uno de los propósitos de la demandante al haber pedido una licencia no remunerada era el de devengar el sueldo correspondiente al cargo de Magistrado, no puede pasar desapercibido ante la Corte que, sin perjuicio de aplicar el aludido precepto legal, la Juez debía separarse de su cargo; que no podía hacerlo a través de una licencia remunerada porque la ley Estatutaria no la prevé sino para los casos antes indicados; y que, en todo caso, tenía y tiene el derecho a la remuneración por su trabajo.

De todo lo anterior se deduce que, desde el principio, la administración sabía que la licencia no remunerada se había concedido con la única finalidad -que era a la vez su causa jurídica- de que la funcionaria desempeñara otro cargo dentro de la rama judicial, que de todas maneras se le debía remunerar.

Pese a ello, ya que no es posible por prohibición legal que se retribuya el servicio con la asignación salarial del cargo transitoriamente desempeñado, en guarda del derecho constitucional a la remuneración y de la prevalencia del Derecho sustancial sobre pretextos procedimentales secundarios, como lo es en este caso el obstáculo de la licencia, debe la

Administración pagar el salario correspondiente al empleo que la actora venía ejerciendo en propiedad.

Sostener lo contrario sería tanto como patrocinar una injusticia, y no sólo eso, sino una flagrante vulneración de las garantías constitucionales de la peticionaria, en cuanto, según los hechos, es imposible desconocer que la demandante prestó sus servicios a la Rama Judicial durante los señalados lapsos.

En otros términos, la causa de la licencia pedida por la actora no era otra distinta de su libertad para percibir la remuneración más alta, dando lugar a que quien la reemplazara temporalmente recibiera la suya. Y, ante el hecho de que la norma legal hoy en vigor (artículo 18 de la Ley 344 de 1996) prohibió que los salarios de los encargados se cancelen en el ciento por ciento de los niveles devengados por los titulares mientras éstos los sigan percibiendo, tal causa quedó frustrada por no poderse cumplir. La licencia concedida no puede, por tanto, implicar que las labores efectivamente cumplidas por la funcionaria queden sin ninguna remuneración.

En efecto, el derecho al trabajo lleva implícito el derecho irrenunciable a ser recompensado de manera proporcional al servicio que se presta. Es decir, el trabajador devenga desde la iniciación misma de sus labores y tiene derecho a la totalidad de su asignación, computando todo el tiempo de sus servicios, desde el primero y hasta el último día de ellos, sin perjuicio de las prestaciones respectivas, aun en los casos en los que no se ha formalizado su vinculación, si prueba que en efecto trabajó.

El derecho a una remuneración por la labor cumplida está constitucionalmente garantizado, y si bien, al tenor de lo dicho por la Corte, en los encargos dentro del sector público no se aplica el principio que ordena, para igual trabajo igual salario, nunca se podría llegar al extremo de sostener que, como la labor es transitoria, no debe ser objeto de asignación salarial. Al respecto, se reiteran los criterios fijados por la jurisprudencia de esta Corte:

> *"El trabajo se preserva por la normativa constitucional "en condiciones dignas y justas", es decir, sobre el supuesto de que quien aporta su esfuerzo a cambio de la remuneración es un ser humano, que constituye finalidad y propósito de la organización política, del orden jurídico y de las autoridades, y jamás un medio ni un instrumento para alcanzar otros fines, sean ellos particulares o públicos.*
>
> *(...)*
>
> *Es propio de la dignidad en que debe desenvolverse la relación laboral que el trabajo se remunere proporcionalmente a su cantidad y calidad, como lo impone el artículo 53 de la Constitución.*
>
> *Todo trabajo debe ser remunerado, desde el primer minuto en que se presta, pues del salario depende la subsistencia del trabajador y el sostenimiento de su familia. Que se le pague por vincular su fuerza, su ingenio, su pericia y su tiempo a las finalidades de otro -sea éste una persona privada o el mismo Estado- es algo que se constituye en derecho inalienable a partir del trabajo mismo y no por las solemnidades o trámites de índole legal o reglamentario con base en las cuales se haya pactado la prestación de servicios personales" (Cfr. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-174 del 8 de abril de 1997).*

En relación con la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, la Corte ha dicho:

"La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (C.P. artículo 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.

El principio que se analiza, puede igualmente alegarse contra el Estado, si éste resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado. En un Estado social de derecho, fundado en el trabajo (C.P. artículo 1), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

"Este principio guarda relación con el de prevalencia del Derecho sustancial sobre las formas externas, consagrado en el artículo 228 de la Constitución en materia de administración de justicia.

Más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa, a los ojos del juez y por mandato expreso de la Constitución, el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinan.

Es esa relación, verificada en la práctica, como prestación cierta e indiscutible de un servicio personal bajo la dependencia del patrono, la que debe someterse a examen, para que, frente a ella, se apliquen en todo su rigor las normas jurídicas en cuya preceptiva encuadrada

Eso es así, por cuanto bien podría aprovecharse por el patrono la circunstancia de inferioridad y de urgencia del trabajador para beneficiarse de sus servicios sin dar a la correspondiente relación jurídica las consecuencias que, en el campo de sus propias obligaciones, genera la aplicación de las disposiciones laborales vigentes, merced a la utilización de modalidades contractuales enderezadas a disfrazar la realidad para someter el vínculo laboral a regímenes distintos". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-166 del 1 de abril de 1997).

Así las cosas, la Sala estima que, con arreglo al artículo 4 de la Constitución, que es norma de normas, quienes tienen la atribución de aplicar las de la ley deben buscar, propiciar y preferir la interpretación y aplicación de éstas que mejor se ajusten a los mandatos superiores y procurar en todo caso, con mayor razón, que, en caso de duda, el entendimiento seleccionado no implique pugna o ruptura con el sistema jurídico que la Carta Política instaura.

En la situación concreta de la que se trata, la racionalización del gasto público no puede conducir a la solución injusta en virtud de la cual una persona que ha prestado sus servicios a la Rama Judicial carezca en absoluto del derecho a una remuneración.

Ahora bien, se ha alegado que en el asunto bajo estudio, al menos en teoría, existen medios alternativos con el objeto de reclamar de la Administración decisiones diferentes a las adoptadas hasta ahora. Piensa la Corte que, aunque se trate de hipótesis como la expuesta, que suponen una actuación "legal" de la Administración, y en apariencia válida para sustentar la negativa de amparo, en realidad el juez constitucional no puede negar la tutela. La circunstancia en cuestión es, por su mismo enunciado, inconstitucional, ya que afecta de manera total y sin justificación alguna el derecho del trabajador a percibir salario, lo cual viola de manera directa el Preámbulo de la Carta Política, en cuanto instaura un "orden" injusto; su artículo 1, toda vez que ignora el trabajo como fundamento esencial del sistema jurídico y desconoce la dignidad humana del trabajador; el 2, a cuyo tenor las autoridades públicas encuentran su razón de ser en la protección efectiva de los derechos de todas las personas residentes en Colombia, no en su atropello; el 13, en cuanto se discrimina a unos trabajadores, negándoles el justo pago de su trabajo mientras a otros se los remunera; el 25, que ordena al Estado proteger especialmente el trabajo, en todas sus modalidades, en condiciones dignas y justas; el 53, que consagra como principios fundamentales de rango constitucional en materia de trabajo el derecho a obtener una remuneración proporcional a la cantidad y calidad del mismo, la favorabilidad de la duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de Derecho, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la primacía de la realidad sobre las formas; y el 228, según el cual en materia de administración de justicia prevalecerá el Derecho sustancial.

Es entendido que, como la demandante, pese a la licencia otorgada, no interrumpió sus labores sino que siguió cumpliéndolas como Magistrada encargada, el tiempo de su vinculación al servicio no debe sufrir alteración ni solución de continuidad para efectos prestacionales ni de seguridad social.

Igualmente debe decirse que la presente Sentencia no afecta los pagos que se hubieren liquidado u ordenado a favor de las personas que hayan reemplazado a la Juez demandante durante el tiempo de encargo, pues no han sido partes dentro del proceso.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Sala revoque la decisión del juez de instancia. En su lugar, se concederá la tutela de los derechos fundamentales violados.

DECISION

Al tenor de los criterios precedentes, la Sala Quinta de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la decisión adoptada en la instancia por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, por medio de la cual negó el amparo que se solicitaba. En su lugar, CONCEDER la tutela reclamada por Nelly de Jesús Mena Murillo.

En consecuencia, se ordena al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, a más tardar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, si ya no lo hubiere hecho, a situar los fondos requeridos para el pago a la peticionaria del salario que devengó como Juez Regional durante el tiempo del encargo, junto con su indexación.

Segundo. ORDENAR al Director Ejecutivo de la Administración Judicial de Santa Fe de Bogotá que, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al momento en que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sitúe los fondos respectivos, proceda, si ya no lo hubiere hecho, al pago del salario que se adeuda a la accionante, con la respectiva indexación.

Tercero. DAR cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
–Con aclaración de voto–

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA T-243
mayo 21 de 1998

DERECHO A LA REMUNERACION EN REGIMEN DE ENCARGO (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-153231.

Casos como el analizado en esta providencia son justamente los que demuestran a las claras que, como tuve ocasión de expresarlo en el salvamento de voto correspondiente, la prohibición contemplada en el artículo 18, inciso 1, de la Ley 344 de 1996 era palmariamente inconstitucional.

La Corte, sin embargo, decidió relativizar una garantía primordial establecida en el artículo 53 de la Constitución ("a trabajo igual salario igual"), con el deleznable argumento de que el encargado no asume "la totalidad de las prerrogativas, preeminencias y responsabilidades que corresponden al titular", lo cual es a todas luces equivocado, negando en consecuencia a quienes se encuentran en la aludida situación jurídica la justa remuneración a la que, si nos atenemos a la Carta Política, tienen derecho (Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997).

Sostuve entonces:

> *"Se trata de una norma abiertamente contraria al principio de igualdad (artículo 13 C.P.) y al imperativo constitucional (artículo 53) según el cual la remuneración de los trabajadores debe ser proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.*
>
> *Trabajo igual merece salario igual, y no por el título del cargo ni por su carácter permanente o transitorio, sino por su contenido; en razón de su ejercicio material y concreto, aunque se cumpla por encargo.*
>
> *Cabe preguntar si, para la Corte, el trabajo que desempeña el encargado es, por definición, de inferior categoría al que cumpliría, si estuviera ejerciéndolo, el titular. O si la Corporación presume que ser titular de un empleo al servicio del Estado comporta necesariamente el derecho a una menor remuneración, lo cual no tiene sentido, por cuanto tal elemento es ajeno a la cantidad y calidad del trabajo y constituye una forma nada plausible de justificar la discriminación.*
>
> *Ahora bien, la Corte, en los párrafos de la Sentencia redactados por el Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, funda la constitucionalidad del precepto en argumentos de índole legal, referentes a los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, cuando a la Corte le estaban pidiendo que se pronunciara, como es su deber, no sobre el ajuste de la disposición acusada a ordenamientos legales constitucionales, sino acerca de la*

relación entre aquélla y los perentorios mandatos de la actual Constitución Política.

Por otra parte, es una afirmación gratuita, que además ignora los alcances del encargo, la que trae la Sentencia en el sentido de que "si bien es cierto que el servidor encargado de asumir transitoriamente las funciones propias de un cargo, por ausencia temporal del titular de éste, debe desempeñar dichas funciones durante un lapso, generalmente corto, no por ello asume la totalidad de las prerrogativas, preeminencias y responsabilidades que correspondan al titular..." (subrayo).

¿Puede entonces el encargado desentenderse de las funciones que son inherentes al empleo, o tendrá que consultar toda decisión con el titular, o habrá determinaciones que no pueda adoptar a la espera del regreso de aquél?

Así las cosas, me pregunto: ¿Para qué el encargo?

Pero, por otra parte: ¿En qué queda, a partir de este novedoso fallo, la responsabilidad del encargado? ¿Hasta dónde llega?".

Un caso como el presente, en el cual la injusticia que se comete con el trabajador por aplicación del indicado precepto, ilustra bien sus alcances, diametralmente opuestos a las garantías constitucionales.

Unicamente por el respeto que merece la cosa juzgada constitucional no se aplicó en esta oportunidad en favor de la accionante la regla, que resultaba apenas adecuada a sus garantías constitucionales, de ordenar el pago previsto para el salario del titular.

Sólo por eso resulta aquí admitido que el Magistrado encargado de un Despacho "no asume la totalidad de las prerrogativas, preeminencias y responsabilidades que corresponden al titular". Grave y peligrosa afirmación en materia de administración de justicia, en especial por cuanto toca con las responsabilidades del juez.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA T-244
mayo 21 de 1998

REVISION EVENTUAL DE FALLOS DE TUTELA-No configura una tercera instancia

ACCION DE TUTELA-Alcance

DERECHOS COLECTIVOS-Improcedencia de tutela para obtener de manera autónoma su protección

ACCIONES POPULARES-Características y alcance

ACCIONES DE CLASE O DE GRUPO

DERECHOS COLECTIVOS-Conexidad con derechos fundamentales hace procedente la tutela

El Constituyente previó para la defensa inmediata de los derechos fundamentales individuales la acción de tutela, mientras para la salvaguarda de los derechos colectivos estatuyó las denominadas acciones populares y acciones de clase o grupo, en aquellos casos en los cuales de la vulneración de un derecho colectivo se desprenda la amenaza o violación efectiva de un derecho fundamental individual, es procedente que el juez constitucional, previa la verificación de una clara relación de conexidad, proteja dichos derechos vía tutela.

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Conexidad con derechos fundamentales hace procedente la tutela

En tanto entidad jurídica autónoma, el derecho específico al goce de un ambiente sano está garantizado judicialmente por virtud de un instrumento procesal específico y directo de carácter principal y de naturaleza también autónoma, conocido como las acciones populares y en caso de daño subjetivo pero plural, por virtud de las acciones de grupo o de clase, amén de las vías judiciales ordinarias y de los casos especiales de responsabilidad objetiva que establezca la ley. No obstante, en algunos casos, este derecho constitucional colectivo puede vincularse con la violación de otro derecho constitucional de rango o naturaleza fundamental como la vida, la salud, o la integridad física, entre otros, y en esos eventos es procedente, por vía de tutela, solicitar y obtener el amparo de uno y otros derechos, pues en tales situaciones prevalece la protección del derecho constitucional fundamental y es deber del juez remover todos los obstáculos, ofensas y amenazas que atenten contra éste. En estos casos, el Juez al analizar la situación concreta que adquiera las señaladas características de violación de un derecho constitucional fundamental, deberá ordenar la tutela efectiva que se reclama.

DERECHO AL MEDIO AMBIENTE-Presupuestos para que proceda excepcionalmente la tutela

Para que procediera la tutela como mecanismo excepcional de protección de los derechos fundamentales invocados, era necesario que se cumplieran los siguientes presupuestos: -Que la vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud que alega el actor, constituyera un hecho real, inminente, que exigiera una reacción inmediata de la autoridad judicial dirigida a protegerlos, y no una mera expectativa, o una posible consecuencia para la cual, con carácter preventivo, el demandante, legítimamente, solicitara la adopción de ciertas medidas que las neutralizaran o evitaran. -Que de manera fehaciente fuera posible establecer y demostrar, que existe una clara relación de causalidad entre los hechos que atentaron contra el medio ambiente y la vulneración o amenaza efectiva del derecho o derechos fundamentales para los cuales solicitó protección

DERECHO A LA SALUBRIDAD-Protección/**DERECHO AL AMBIENTE SANO**-Protección

DERECHOS COLECTIVOS-Derrumbamiento del relleno sanitario "Doña Juana"

Referencia: Expediente T-153529.

Actor: Humberto Cardona Zamora.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D. C., mayo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, el ciudadano Humberto Cardona Zamora solicita para él, su esposa y sus dos menores hijas, la protección de sus derechos constitucionales a la vida, la salud, la integridad física y la seguridad social de cuya vulneración culpa a la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá.

Señala el demandante, que reside junto con su familia en un apartamento de su propiedad, el cual está ubicado en inmediaciones del relleno sanitario "Doña Juana", y que como consecuencia de la avalancha de basura que se produjo en el mismo el pasado 27 de Septiembre de 1997, y de las continuas emanaciones de gases tóxicos derivadas de aquella, dado que los desechos de tipo biológico y químico enterrados allí quedaron al descubierto, él, su familia y en general la población ubicada en proximidades del basurero, se han visto afectados y expuestos a posibles epidemias y enfermedades, al igual que a olores nauseabundos y a plagas de animales que en esas circunstancias proliferan.

Tales hechos, en opinión del actor son responsabilidad directa de la Administración Distrital, por lo que le solicita al juez de tutela, con miras a proteger sus derechos fundamentales a la vida, la salud, a la integridad física y la seguridad social, que se le ordene al Alcalde de la ciudad una nueva "asignación, ubicación y utilización del relleno sanitario de "Doña Juana"; esto es, el traslado inmediato del mismo a otra zona en la que no exista riesgo para ningún sector de la población, el desmonte del actual y el saneamiento de los terrenos que ocupa, y un plan asistencial en clínicas de reconocido prestigio para él y su familia, y en general para los habitantes de la zona afectada.

II. LAS DECISIONES DE INSTANCIA.

1. Primera Instancia.

Luego de admitir la acción de tutela y de solicitar varios conceptos técnicos sobre las posibles consecuencias de los hechos que la originaron, además de algunas pruebas sobre los

mismos, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fallo de primera instancia de fecha dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y siete, resolvió conceder la tutela impetrada por el señor Humberto Cabrera Zamora, para proteger sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física y a la seguridad social, cuya vulneración, según él, se originó en el hecho público y notorio del derrumbe del relleno sanitario "Doña Juana", hecho que no solamente afectó al accionante y a su familia, sino a la población en general.

Señala el juez de tutela de primera instancia, que aunque dicha acción no procede para la protección de derechos colectivos, como lo es el derecho a un ambiente sano, cuando se verifica que conexos al mismo se encuentran amenazados derechos fundamentales como el derecho a la salud y la vida, es procedente recurrir a ese instrumento de protección excepcional, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Considera el *a quo* que conforme a los experticios allegados por las diferentes entidades a las cuales se les solicitaron conceptos y pruebas, se concluye que no se le dio un manejo técnico y adecuado a las basuras, residuos y desperdicios arrojados al relleno, y que se hizo caso omiso de las advertencias y recomendaciones entregadas, entre otras, por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales -Ideam-, en lo que se refiere a la minimización de los efectos adversos que conlleva un relleno sanitario y su manejo.

En el asunto *sub examine,* atendiendo a la real ocurrencia de la avalancha de basuras y demás elementos enterrados en el relleno sanitario, se encontró que además de las molestias que originó el hecho, se produjeron y se producen emanaciones pestilentes por la exposición a cielo abierto de las mismas, las cuales son percibidas por el olfato humano, incluso a medianas distancias, dado su contenido de gases entre los que se encuentran sulfuros, mercaptanos, amoniaco, organoclorados etc., emanaciones que persistirán por un plazo aún no determinado, hechos que configuran un riesgo actual y latente para la salud de los habitantes de la zona, que puede traducirse en la adquisición de enfermedades y molestias de tipo respiratorio.

Con base en las anteriores consideraciones el Tribunal amparó los derechos a la vida y a la salud del accionante y de su familia, y ordenó al Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, al director del Departamento Administrativo del Medio Ambiente -DAMA- en coordinación del director de la Corporación Autónoma Regional -CAR- y a los señores Ministros de Salud y Medio Ambiente, en lo que sea pertinente, adoptar las medidas necesarias para superar el hecho y declarar la emergencia sanitaria.

Al efecto ordenó que en un plazo perentorio de 48 horas, la administración del Distrito Capital decidiera sobre el inicio del proceso de cubrimiento de las basuras dispersas; así mismo, para proteger el derecho a la salud del actor y su familia, dada la incertidumbre sobre las consecuencias que en ellos pueda producir el incidente a mediano plazo, le ordenó a las entidades públicas que hacen parte del Sistema Nacional de Salud con jurisdicción en Santa Fe de Bogotá, "...elaborar un plan especial que permita la salvaguarda de ese derecho".

2. **Segunda Instancia.**

La Sección Primera del Consejo de Estado, al decidir la impugnación interpuesta por el accionante, por el director del DAMA y por el representante legal de la firma Prosantana Ltda. operadora del relleno sanitario "Doña Juana", en fallo de fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), decidió revocar en su totalidad el fallo del *a quo*, pues consideró que para que la acción de tutela pueda servir de instrumento judicial que garantice la protección de derechos colectivos, tiene que existir una relación de causalidad

fehacientemente comprobada, entre el daño ambiental y el derecho fundamental cuya protección se pretende, que en el caso *sub examine* no se establece ni se prueba.

Además, afirma el *ad quem*, en el caso examinado las determinaciones adoptadas por el *a quo* implican que los funcionarios públicos inculpados se vean obligados a adelantar acciones que no corresponden a la órbita de su competencia, generando con ello una clara vulneración del artículo 121 de la Constitución Política.

Considera el juez constitucional de segunda instancia, que en el caso planteado no se demostró que las entidades públicas y los funcionarios de las mismas a los que se responsabiliza de los hechos, hayan amenazado o vulnerado los derechos fundamentales a los que alude el actor, y que además se desvirtuó que éste habite en un predio aledaño al relleno sanitario que causó la emergencia, motivos suficientes para revocar el fallo de primera instancia, con la advertencia para las entidades y funcionarios públicos comprometidos con el problema, de que no pueden despreocuparse de sus deberes de prevención, mantenimiento y recuperación del medio ambiente deteriorado por la emergencia sanitaria que se presentó, ni evadir el cumplimiento de las recomendaciones de los expertos, nacionales e internacionales consultados, así como tampoco "echar en saco roto" las investigaciones que conduzcan a determinar los eventuales responsables si los hubiere.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primera. La Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la sentencias producidas en el proceso de la referencia, en atención a lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, esta competencia obedece a la selección que practicó la Sala correspondiente y al reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de esta Corporación.

Segunda. La Materia.

El derrumbe que se produjo el pasado 27 de septiembre de 1997 en el relleno sanitario "Doña Juana", en el que se recogen las basuras y desperdicios que produce a diario la capital de la República, constituyó, como es de público conocimiento, una grave situación que comprometió y puso en alto riesgo la preservación y la calidad del medio ambiente de la zona en la que está ubicado, la cual obligó a una reacción inmediata de todas las entidades, oficiales y privadas, que en razón de su función están comprometidas con el manejo y el proceso de búsqueda de soluciones al problema sanitario y de salubridad que del mismo se derivó.

Quiere decir lo anterior, que fueron tales las dimensiones y la magnitud del problema que se originó en el derrumbamiento del botadero, que no es el caso en el proceso de revisión que le corresponde adelantar a esta Sala, entrar a debatir sobre la existencia misma de los hechos o sobre la solidez y pertinencia del soporte probatorio que respalda las afirmaciones hechas por el actor y por quienes intervinieron en el proceso, en relación con la ocurrencia y gravedad de los mismos.

Lo que le corresponde a la Sala en esta ocasión, previo el análisis de las decisiones de primera y segunda instancia, es determinar si la revocatoria de que fue objeto la providencia del *a quo* procedía de conformidad con las disposiciones del ordenamiento superior, o si por el contrario el fallo que ella contenía, a través del cual la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparó los derechos fundamentales a la vida y a la salud del

actor y de su familia, en cuanto entendió que en el caso específico la vulneración de los mismos presentaba una evidente relación de conexidad con los hechos que afectaron gravemente el derecho a un ambiente sano, se sustentaba en una acertada interpretación de las normas de la Constitución Política.

> *"Debe recordarse que la revisión eventual por parte de esta Corte no configura una tercera instancia, pues no ha sido prevista por la Constitución para dar a las partes nueva posibilidad de atacar las determinaciones judiciales de primero y segundo grado. Su sentido y razón consisten en asegurar que, por parte del tribunal que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, se unifiquen los criterios con base en los cuales ella se interpreta y aplica en materia de derechos, se elabore la doctrina constitucional y se tracen las pautas de la jurisprudencia, a propósito de casos paradigmáticos, sobre el alcance de los principios, postulados, preceptos y reglas de la Constitución, corrigiendo de paso, si hay lugar a ello, las desviaciones y errores provenientes de equivocadas interpretaciones y decisiones judiciales." (Corte Constitucional, Auto, agosto 1o. de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).*

Tercera. **El fundamento de las decisiones de primera y segunda instancia.**

Tanto la decisión del juez constitucional de primera instancia, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como la de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, a la que le correspondió conocer de la impugnación de la que fue objeto la primera, parten para su análisis del siguiente presupuesto:

De conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Carta Política, el medio ambiente sano es un derecho del que gozan todas las personas, cuya protección y defensa, éstas pueden solicitar por vía judicial, en tanto se define como un derecho colectivo, haciendo uso de las denominadas acciones populares, según lo establece el artículo 88 de la Constitución:

> *"**Artículo 88.** 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 definan en ella.*
>
> *"También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.*
>
> *"Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por daño inferido a los derechos e intereses colectivos".*

Es decir, que coinciden en afirmar que de acuerdo con el ordenamiento superior, en principio la acción de tutela, prevista para evitar la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, es improcedente cuando se pretende la defensa de los denominados derechos colectivos, cuya protección es viable solicitarla y obtenerla a través de las acciones populares.

Ahora bien, también coinciden en señalar que no obstante lo anterior, según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es viable recurrir a la acción de tutela para solicitar y obtener el amparo de derechos colectivos como el derecho a un medio ambiente sano, siempre y cuando esté de por medio la vulneración de los derechos fundamentales de una persona individualmente considerada. Es decir, que es procedente la acción de tutela en esos casos, si se prueba la relación de conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la de los derechos fundamentales para los que se reclama protección.

Para el *a quo* en el caso *sub examine* esa relación de conexidad existe, y a partir de ella justifica la decisión de tutelar los derechos a la vida y a la salud del peticionario y su familia. Para el *ad quem*, en cambio, el fundamento de la decisión de primera instancia es equivocado, por cuanto las pretensiones específicas del actor demuestran, que lo que solicitó fue protección para los derechos colectivos a la salubridad y a un ambiente sano y no para sus derechos fundamentales o los de alguno de los miembros de su familia; el accionante, señala el juez de tutela de segunda instancia, "no dejó ...siquiera entrever que su vida o salud se encontrasen en peligro...", es más, agrega, no existe indicio o prueba de que él, su esposa o sus hijas "...sufran de alguna afección respiratoria, alergia o enfermedad de la piel, que tenga relación directa o sea efecto inmediato del deslizamiento del relleno sanitario".

Así, concluye el *ad quem*, "...si no se ha demostrado la vulneración del derecho a la vida o a la salud del señor Humberto Cabrera Zamora, o de sus hijas, mal puede concedérsele por ello una tutela para proteger, en conexidad, su derecho a un ambiente sano, mediante la adopción de medidas que son propias de las acciones populares"; con base en esos argumentos la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado procedió a revocar la providencia impugnada y a denegar la tutela impetrada por el actor.

Cuarta. **La acción de tutela no es procedente para obtener de manera autónoma la protección de un derecho colectivo.**

La acción de tutela, como reiteradamente lo ha manifestado esta Corporación, "...está prevista en el artículo 86 de nuestra Carta Fundamental como un mecanismo procesal complementario, específico y directo, que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación."

"Dicha acción es un medio procesal específico porque se contrae a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, afectados de modo actual e inminente **y no a otros**, y conduce, previa la solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias ordenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

"Es directo, porque siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir sólo en ausencia de cualquier otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice apenas y excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, en todo caso, procura la restitución al sujeto peticionario en el goce del derecho de rango constitucional que se demuestra lesionado.

"Es necesario destacar que tanto en la norma constitucional, como en su desarrollo legislativo, el ejercicio de la citada acción está condicionado, entre otras razones, por la presentación ante el Juez de una situación concreta y específica de violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública o, en ciertos eventos definidos por la ley, a sujetos particulares. Además, el peticionario debe tener un interés jurídico y pedir su protección también específica, siempre en ausencia de otro medio judicial de protección o excepcionalmente, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

"Es, en efecto, un mecanismo judicial de origen constitucional de evidente carácter residual que está previsto para asegurar la tutela efectiva y sustancial de los derechos constitucionales fundamentales, pues "solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar

un perjuicio irremediable". Se establece así un sistema complementario de garantía de aquellos derechos constitucionales fundamentales que, con determinadas características de sumariedad, preferencia y efectividad, impida en dicho ámbito la ausencia de su protección judicial, pues el constituyente quiso superar con sus previsiones, determinadas deficiencias de la organización del sistema judicial que, entre otras causas, por su carácter legislado, no garantizaba la plena, efectiva e integral protección de los derechos constitucionales fundamentales tan caros al Estado Social y Democrático de Derecho y al constitucionalismo en todas sus evoluciones."[1]

En esa perspectiva, pretender la protección de los derechos al goce de un ambiente sano y a la salubridad pública, consagrados en el artículo 88 de la Constitución, recurriendo para el efecto la acción de tutela, no es procedente, pues dichos derechos son definidos en la Carta Política como derechos colectivos para cuya protección el Constituyente determinó otras acciones, tal como de manera expresa lo ha señalado la Corte Constitucional:

> *La Carta de 1991 es explícita en adoptar el modelo que consagra el "derecho al goce de un ambiente sano" no como un derecho constitucional fundamental, sino como un derecho y un interés constitucional de carácter colectivo; en este sentido la Acción de Tutela, no es procedente para obtener de manera autónoma su protección pues, aquella procede para obtener el amparo de los derechos constitucionales fundamentales y no el de otros derechos que, como los colectivos, deben perseguirse judicialmente por virtud del ejercicio de las Acciones Populares o de las Acciones de Clase o de Grupo en los términos de su regulación legal. (Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 1993, M.P. Dres. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón).*

Quinta. La salvaguarda y protección de los derechos colectivos a los que se refiere el artículo 88 de la C.P, y de los demás que como tales defina el legislador[2], será viable a través del ejercicio de las acciones populares y de las acciones de clase o de grupo.

Al analizar un caso similar al que ahora ocupa a la Sala[3], ésta Corporación se detuvo a determinar y a profundizar en las características que singularizan, en el marco de la Constitución Política de 1991, las denominadas acciones populares, las cuales, como se anota en la correspondiente sentencia, si bien no eran extrañas a nuestro ordenamiento jurídico[4], en la nueva Carta Política de 1991 se fortalecieron, dado que se amplió su ámbito de aplicación y se precisaron sus características y alcance. Dijo la Corte en esa ocasión:

---

[1] Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 1993, M.P. Dres. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón

[2] "Las Acciones Populares, aunque estén previstas para la preservación y protección de determinados derechos e intereses colectivos, pueden abarcar otros derechos de similar naturaleza, siempre que éstos sean definidos por la ley conforme a la Constitución, y no contraríen la finalidad pública o colectiva y concreta a que quedan circunscritas estas acciones." (Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 1993, M.P. Dres. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón)

[3] En efecto, a través de la Sentencia T-067 de 1993, la Corte Constitucional se pronunció sobre la demanda de tutela que un ciudadano interpuso para proteger el derecho de la comunidad a un ambiente sano, que consagra el artículo 88 de la C.P., el cual consideraba que estaba siendo vulnerado por la decisión de las autoridades competentes de autorizar la fumigación de cultivos ilícitos con glifosato.

[4] "No sobra advertir, para los fines apenas ilustrativos de esta parte de la providencia, que las Acciones Populares y Ciudadanas con fines abstractos se conocen en Colombia desde los mismos orígenes de la república como instrumentos para asegurar la legalidad y la constitucionalidad de los actos jurídicos de carácter legislativo y administrativo; aquellas acciones han sido, en su desarrollo práctico, uno de los instrumentos procesales más destacados en toda nuestra historia jurídico política y aparecen reiteradas en el nuevo texto constitucional como uno de los aportes nacionales a la ciencia constitucional del mundo occidental.

"Como una de las tantas innovaciones introducidas por la Carta Política de 1991 al régimen constitucional colombiano de protección judicial de los derechos de las personas, aparecen en los incisos primero y segundo del artículo 88 de la Constitución el concepto de acciones populares con fines concretos y el de acciones de clase o de grupo.

"... es de observar que el inciso primero del artículo 88 de la Carta, que consagra las denominadas acciones populares como otro de los instrumentos de defensa judicial de los derechos de las personas, señala también el ámbito material y jurídico de su procedencia en razón de la naturaleza de los bienes que se pueden perseguir y proteger a través de ellas; ellas aparecen previstas para operar dentro del marco de los derechos e intereses colectivos que son, específicamente, el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública. Igualmente, son objetos y bienes jurídicos perseguibles y protegidos por virtud de estas acciones, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica. Sin embargo, esta lista no es taxativa sino enunciativa y deja dentro de las competencias del legislador la definición de otros bienes jurídicos de la misma categoría y naturaleza.

"... las acciones populares aunque se enderecen a la protección y amparo judicial de estos concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines el constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y la acción de tutela.

"... Característica fundamental de las acciones populares previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional, es la de que permite su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues, los fines públicos y colectivos que las inspiran, no dejan duda al respecto. En consecuencia, no es, ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que se pueden amparar a través de ellas.

"... Además, su propia condición permite que puedan ser ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones u omisiones y, por las mismas causas, contra los particulares; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales.

(...)

***"ACCION DE CLASE** -Alcance*

"Las Acciones de Clase o de Grupo no hacen referencia exclusiva a los derechos constitucionales fundamentales, ni sólo a los derechos colectivos, también comprenden a los derechos subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez; empero exigen siempre que este daño sea de los que son causados en ciertos eventos a un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios. (Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 1993, M.P. Dres. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón).

Precisó también en esa ocasión la Sala Plena de la Corte, que por su finalidad pública, las acciones populares no tienen un contenido subjetivo o individual, ni pecuniario, que no pueden

erigirse sobre la preexistencia de un daño que se quiera reparar, ni están condicionadas por ningún requisito sustancial de legitimación del actor distinto de su condición de parte del pueblo.

Sexta. En aquellos eventos en los cuales la vulneración o alteración del derecho colectivo a gozar de un medio ambiente sano, origine la violación de uno o varios derechos constitucionales fundamentales, es procedente recurrir a la acción de tutela para solicitar y obtener la protección inmediata de los mismos.

No obstante lo dicho, esto es que el Constituyente previó para la defensa inmediata de los derechos fundamentales individuales la acción de tutela, mientras para la salvaguarda de los derechos colectivos estatuyó las denominadas acciones populares y acciones de clase o grupo, en aquellos casos en los cuales de la vulneración de un derecho colectivo se desprenda la amenaza o violación efectiva de un derecho fundamental individual, es procedente que el juez constitucional, previa la verificación de una clara relación de conexidad, proteja dichos derechos vía tutela. Sobre el particular ha dicho la Corte:

> *"La conexión que los derechos colectivos pueden presentar, en el caso concreto, con otros derechos fundamentales, es de tal naturaleza que sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o se haría imposible una protección eficaz. En estos casos se requiere una interpretación global de los principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos colectivos, para fundamentar la aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión, puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analizan a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.*
>
> *"El derecho al medio ambiente sano se encuentra protegido en el artículo 88 de la Constitución Política por medio de las acciones populares, que tienen procedencia en aquellos casos en los cuales la afectación de tal derecho vulnera un derecho constitucional o legal. Esta regla general debe ser complementada con una regla particular de conexidad, según la cual, en aquellos casos en los cuales, de la vulneración del derecho a gozar del medio ambiente resulte vulnerado igualmente un derecho constitucional fundamental, procede la acción de tutela como mecanismo judicial de protección del derecho colectivo al medio ambiente. En estos casos, el juez, al analizar el caso concreto, deberá ordenar la tutela efectiva que se reclama. Para determinar la conexidad entre el derecho al medio ambiente sano y el derecho fundamental de aplicación inmediata se debe recurrir, inicialmente, al análisis del caso concreto. Es allí donde el juez observa las circunstancias específicas del caso para apreciar el grado de afectación del derecho fundamental. En estos casos la norma constitucional adquiere sentido jurídico cuando se interpreta a través de las circunstancias fácticas y no como suele suceder con las normas que consagran derechos subjetivos, en las cuales los hechos adquieren sentido a través de los elementos interpretativos proporcionados por la norma." (Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 1993, M.P. Dres. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón).*

Séptima. El caso concreto

Sentadas las anteriores consideraciones de carácter general, la Sala se ocupará del examen del caso concreto que se revisa, para determinar si procedía o no la acción de tutela como mecanismo de protección para los derechos fundamentales que el actor alega vulnerados; esto

es, si es viable establecer una relación de conexidad entre el derrumbamiento del relleno sanitario de "Doña Juana" y las consecuencias fácticas que de él se originaron, y la afectación, si la hubo, de los derechos fundamentales a los que alude al actor.

Como se anotó antes, el derecho constitucional de todas las personas al disfrute de un ambiente sano está consagrado expresamente en el artículo 79 de la Carta Política, y para su protección el Constituyente previó las denominadas acciones populares y las acciones de clase o grupo, motivo por el cual lo incluyó en la lista enunciativa del inciso primero del artículo 88 del ordenamiento superior.

Es decir, que en tanto entidad jurídica autónoma, el derecho específico al goce de un ambiente sano está garantizado judicialmente por virtud de un instrumento procesal específico y directo de carácter principal y de naturaleza también autónoma, conocido como las acciones populares y en caso de daño subjetivo pero plural, por virtud de las acciones de grupo o de clase, amén de las vías judiciales ordinarias y de los casos especiales de responsabilidad objetiva que establezca la ley.

No obstante, en algunos casos, este derecho constitucional colectivo puede vincularse con la violación de otro derecho constitucional de rango o naturaleza fundamental como la vida, la salud, o la integridad física, entre otros[5], y en esos eventos es procedente, por vía de tutela, solicitar y obtener el amparo de uno y otros derechos, pues en tales situaciones prevalece la protección del derecho constitucional fundamental y es deber del juez remover todos los obstáculos, ofensas y amenazas que atenten contra éste. En estos casos, como se ha dicho, el Juez al analizar la situación concreta que adquiera las señaladas características de violación de un derecho constitucional fundamental, deberá ordenar la tutela efectiva que se reclama.

> *"Para determinar la conexidad entre el derecho al medio ambiente sano y el derecho fundamental de aplicación inmediata se debe recurrir, inicialmente, al análisis del caso concreto. Es allí donde el juez observa las circunstancias específicas del caso para apreciar el grado de afectación del derecho fundamental. En estos casos la norma constitucional adquiere sentido jurídico cuando se interpreta a través de las circunstancias fácticas y no como suele suceder con las normas que consagran derechos subjetivos, en las cuales los hechos adquieren sentido a través de los elementos interpretativos proporcionados por la norma." (Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 1993, M.P. Dres. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón).*

En el caso *sub examine*, a partir de la ocurrencia de unos hechos específicos, el derrumbamiento del relleno sanitario "Doña Juana", que dejó al descubierto toneladas de basuras y desperdicios químicos y biológicos, de los cuales emanan gases tóxicos, se produjo, sin lugar a duda, el deterioro y una grave amenaza para el medio ambiente, que en principio, de conformidad con las disposiciones de la Constitución, es susceptible de protección a través del mecanismo judicial consagrado en el artículo 88 de la Carta, esto es de las acciones populares, salvo que se demuestre, "fehacientemente", que a raíz de esos hechos se vulneraron efectivamente derechos fundamentales del actor o de los miembros de su familia, caso en el cual procedería como mecanismo de protección inmediata la acción de tutela:

---

[5] La Corte Constitucional incluso ha determinado la posibilidad de conexión entre la afectación del derecho a un ambiente sano y el derecho fundamental a la intimidad, en la medida en que la capacidad de autodeterminación de una persona se vea afectada por problemas ambientales que se originen en la negligencia de terceros. Al respecto ver sentencia T-219 de 1994, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"El derecho a gozar de un ambiente sano es un derecho colectivo, cuya protección especial se ejerce por medio de acciones populares, consagradas en el artículo 88 de la Carta...Unicamente en casos excepcionales procede la acción de tutela para proteger derechos colectivos, siempre y cuando se acredite la existencia de un perjuicio en relación con un derecho fundamental individual de los peticionarios, quienes deberán demostrar ***fehacientemente*** *el nexo causal entre los presuntos hechos atentatorios contra el medio ambiente y la afectación del derecho individual alegado." (Corte Constitucional, Sentencia T-229 de 1993, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).*

Quiere decir lo anterior, que para que en el caso *sub examine* procediera la tutela como mecanismo excepcional de protección de los derechos fundamentales invocados por el actor, era necesario que se cumplieran los siguientes presupuestos:

- Que la vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud que alega el actor, constituyera un hecho real, inminente, que exigiera una reacción inmediata de la autoridad judicial dirigida a protegerlos, y no una mera expectativa, o una posible consecuencia para la cual, con carácter preventivo, el demandante, legítimamente, solicitara la adopción de ciertas medidas que las neutralizaran o evitaran.

- Que de manera fehaciente fuera posible establecer y demostrar, que existe una clara relación de causalidad entre los hechos que atentaron contra el medio ambiente y la vulneración o amenaza efectiva del derecho o derechos fundamentales para los cuales solicitó protección el actor.

Para el *ad quem* ninguno de esos presupuestos se cumple, pues en primer lugar no hay evidencia alguna de que el actor o los miembros de su familia sufran de quebrantos de salud de ninguna índole, mucho menos de problemas que pudieran presumirse derivados de los hechos acaecidos en el relleno sanitario, al contrario, señala la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, todo indica que gozan de buena salud y que no presentan síntomas que hagan urgente su diagnóstico y tratamiento, lo que implica, en segundo lugar, que no puede establecerse ninguna relación de conexidad entre los derechos fundamentales que en concepto del demandante han sido vulnerados, para los que pide protección, y el derrumbamiento del relleno sanitario, no obstante que éste indudablemente afectó la calidad del medio ambiente.

Anota el juez constitucional de segunda instancia:

"Tampoco durante la actuación se demostró que por causa de los olores nauseabundos, por cuya existencia se concedió realmente la tutela, el señor Humberto Cabrera Zamora, o sus hijas, sufriesen de alguna afección respiratoria, alergia o enfermedad de la piel, que tenga relación directa o sea efecto inmediato del deslizamiento del relleno sanitario, de los que, a corto plazo, indica el Instituto Nacional de salud (folio 24).

"La prueba que mejor demuestra que la salud o la vida del accionante o la de su familia no se encuentran en peligro real es la de que recibido por él un telegrama que le fue dirigido el 26 de octubre por el Director del DAMA, en cumplimiento del fallo de tutela, para la realización de un examen médico a fin de establecer un programa de evaluación y seguimiento de su salud, con pasmosa tranquilidad responde que los recibirá en su residencia el sábado 1o. de noviembre, a las 11:00 horas, agradeciendo puntualidad, porque tiene compromisos previamente adquiridos."

Es más, ni siquiera las instituciones de carácter técnico consultadas, especializadas en la materia, se atreven a predecir, como inminentes, posibles nexos entre el deslizamiento de las

basuras y la ocurrencia, a mediano y largo plazo, de enfermedades en los habitantes de las zonas circundantes. Sobre el particular conceptúo el Instituto Nacional de Salud:

> *"...es difícil predecir, sobre todo, los efectos sobre la salud y la vida de las personas a mediano y largo plazo si no existe un monitoreo periódico en el tiempo de los gases generados y de los lixiviados que se producen por la descomposición de las basuras para poder hallar posibles asociaciones entre éstos componentes y enfermedades atribuibles al fenómeno presentados.*
>
> *"Los efectos a corto plazo sobre la salud que se pueden presentar son:*
>
> *- Incremento de infecciones respiratorias por polución ambiental*
>
> *- Alergias según susceptibilidad de las personas a ciertos componentes*
>
> *- Molestias por malos olores*
>
> *- Efectos psicosociales por degradación del paisaje y persistencia del problema.*
>
> *"...es importante considerar que las acciones de tipo sanitario realizadas hasta el momento han mitigado los problemas ambientales y de salubridad que han surgido por la avalancha de basuras y residuos sólidos."*

Es claro entonces, que los derechos efectivamente amenazados en el caso que se revisa, son los derechos a la salubridad y a gozar de un ambiente sano, y que los mismos corresponden a los denominados derechos colectivos o difusos, consagrados como tales en el artículo 88 de la C.P., para cuya protección proceden las denominadas acciones populares y las especiales a las que se refiere la misma norma superior; de ahí que, como lo sostiene el *ad quem*, las peticiones del actor correspondan a medidas que sirven para la protección de ese tipo de derechos, y no a aquellas que serían pertinentes para proteger derechos fundamentales recurriendo para el efecto a la acción de tutela.

> *"Descendiendo al plano de la realidad concreta, en el caso específico que se examina, es incuestionable que las pretensiones básicas del peticionario de la tutela (cierre del relleno sanitario; plan de obra social, a manera de indemnización para los pobladores de los barrios afectados por la emergencia sanitaria; y proyecto prioritario, con base en metodologías y principios científicos acordes con el avance tecnológico, que no someta de manera exclusiva un área haciendo cada vez más notorio el marginamiento y la discriminación social entre las diferentes zonas de la capital) y la argumentación a que él acude, son demostrativas de que se propende más por la protección de los derechos colectivos (salubridad, medio ambiente) de los habitantes de los barrios afectados por los efectos de los olores pestilentes y nauseabundos originados en el desbordamiento del relleno sanitario...que por la protección de la salud o la vida del accionante."*

De lo dicho es viable concluir, en el caso que se revisa, que las pretensiones del actor son de carácter preventivo, pues están dirigidas a solicitar protección para derechos colectivos, el derecho a un ambiente sano y el derecho a la salubridad, de cuya vulneración se desprende una real expectativa de amenaza para sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, aunque actualmente no haya daño objetivo, intereses que a la luz del ordenamiento constitucional encuentran en las acciones populares la vía judicial más propicia para defenderlos, tal como de manera expresa lo ha dicho esta Corporación:

> *"Característica fundamental de las acciones populares previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional, es la que permite su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues, los fines públicos y colectivos que las inspiran,*

no dejan duda al respecto y en consecuencia no es, ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que se pueden amparar a través de ellas... fueron creadas para prevenir la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses sobre cuya protección no siempre cabe la espera del daño" (Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 1993, M.P. Dres. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón).

Por lo dicho, comparte la Sala los fundamentos que motivaron la decisión del juez constitucional de segunda instancia, motivo por el cual confirmará su sentencia, pues en el caso propuesto no se comprobó que a consecuencia de los hechos que originaron la acción de tutela, que sin lugar a duda incidieron en la calidad del medio ambiente, se hubiera producido una "afectación actual e inminente" de los derechos fundamentales a los que alude el actor, que justificara, por parte del juez de tutela de primera instancia, conceder el amparo solicitado ordenando que se les brindara protección inmediata.

Ahora bien, ello no significa, tal como se desprende de varios de los informes que solicitó el juez constitucional de primera instancia a entidades y profesionales especializados en la materia, que se descarte la posibilidad de que en el futuro se presenten efectivamente daños a la salud de los habitantes de la zona, originados en el derrumbamiento del relleno sanitario, pues si no se toman las medidas necesarias, es muy probable que a mediano y largo plazo se evidencien consecuencias que se traduzcan en la vulneración de los derechos fundamentales para los que el demandante solicitó protección.

Lo anterior sirve de sustento a la Sala para llamar la atención de las autoridades públicas, especialmente del señor Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, y de las empresas privadas relacionadas con el tema, para que no descuiden las delicadas responsabilidades que tienen respecto de la solución del problema sanitario y ambiental que se originó en el derrumbamiento del relleno sanitario "Doña Juana", las cuales adquieren el carácter de urgentes e inaplazables en la medida en que afectan derechos colectivos cuya vulneración, como se ha dicho, de no adoptarse las medidas técnicas recomendadas por los expertos, pueden afectar de manera grave derechos fundamentales de las personas que habitan zonas circundantes.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR el fallo proferido el 3 de diciembre de 1997 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, mediante el cual revocó la Sentencia de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 16 de octubre de 1997, que había tutelado los derechos a la salud y a la vida del accionante en el proceso de la referencia, y que denegó el amparo solicitado.

Segundo. LIBRAR por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-245
mayo 26 de 1998

CONCURSO PUBLICO-Finalidad

CONCURSO PUBLICO PARA CARRERA DOCENTE

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL NO IDONEO E INEFICAZ-Celebración de concurso para docentes

DERECHO A LA IGUALDAD EN CONCURSO PARA CARRERA DOCENTE-Oriundo de una región/**CONCURSO PUBLICO PARA CARRERA DOCENTE**-Origen de una persona

El otorgamiento de un determinado puntaje a ciertos aspirantes, motivado exclusivamente por la condición de ser oriundos de la región donde se van a prestar los servicios, confiere un privilegio violatorio del derecho a la igualdad, porque desconoce los méritos y calidades de los aspirantes, como criterios objetivos para poder determinar quiénes se encuentran en mejores condiciones para acceder al servicio público, cuando aquéllos son los únicos requisitos y condiciones relevantes según el artículo 125 de la Constitución. El origen de una persona como factor positivo a valorar en la selección de un servidor público, no ofrece una explicación sólida que justifique el trato diferencial que él comporta porque el acceso a la carrera se fundamenta esencialmente en los méritos y calidades de los aspirantes, que son los supuestos que garantizan por el seleccionado una adecuada prestación de las funciones públicas que se le van a encomendar. El argumento que puede tenerse en cuenta para incorporar como factor de calificación el origen de los concursantes, no se asocia de ninguna manera a la búsqueda de los méritos y calidades de los aspirantes, que es la finalidad que justifica el concurso, y, por el contrario, consagra una prerrogativa irrelevante para dicho fin, en virtud de que no ofrece las características que demuestran su bondad como un medio necesario para conseguir la mejor selección del candidato o candidatos para el cargo o cargos respectivos.

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Prerrogativas en favor de una persona

El sistema de concurso constituye, a no dudarlo, la expresión más acabada del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos, en la medida en que coloca a todas las personas en la posibilidad de participar en aquél, sin cortapisas excluyentes, porque tan sólo se exige como condición general para los aspirantes que reúnan las exigencias mínimas que el ejercicio del cargo requiere. Cuando quiera que en el proceso de selección se establecen prerrogativas en favor de ciertas personas o determinados sectores o se consignan exigencias a cargo de algunos participantes, y

tales prerrogativas y exigencias carecen de justificación racional, se convierten indudablemente en fuente de violación del derecho de igualdad.

Referencia: Expediente T-124108.

Peticionario: María Eugenia Clavijo Cardona.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Santa Fe de Bogotá, D. C., mayo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, procede a revisar el proceso de tutela promovido por María Eugenia Clavijo Cardona contra la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, según la competencia de que es titular de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

I.ANTECEDENTES.

1. Los hechos.

La Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca -Alcaldía Municipal de Cartago-, convocó a concurso de ingreso de docentes para seleccionar a quienes debían ocupar las cuatro plazas vacantes existentes, en la modalidad de básica primaria, en la escuela "Hernando Nieto García" de la ciudad de Cartago.

Según las bases del concurso, a los participantes se les reconocía, por los diferentes factores que se tendrían en cuenta en la evaluación el siguiente puntaje: un 5% adicional cuando el aspirante fuere oriundo de la ciudad de Cartago.

Dice la demandante que se presentó al concurso con otros participantes, y obtuvo en las pruebas académicas un puntaje que la ubicaba en segundo lugar, posición que en principio le daba derecho a ser nombrada. No obstante, por el hecho de no haber nacido en la ciudad de Cartago fue superada por las concursantes Angela María López Gómez, María Eugenia Guarín Zapata, María Carmelina Agudelo Obando, Ana María Salazar Ocampo a quienes se les reconocieron 500 puntos por este factor.

La Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca adujo que la selección precedente se llevó a cabo conforme con la normatividad vigente en materia de concursos, es decir, de acuerdo con la Resolución No. 20974 de 1989 expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

2. La pretensión.

La demandante impetra la tutela de sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley y el derecho al trabajo y, en consecuencia, solicita que se ordene a la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca que descarte, para efectos de la selección de los aspirantes, el puntaje que hace relación con su origen, y proceda a designarla en el correspondiente cargo, atendiendo el lugar que efectivamente debe ocupar, en virtud a los resultados obtenidos en el concurso.

II. ACTUACION PROCESAL.

1. Unica instancia.

El Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de Santiago de Cali, mediante sentencia del 31 de diciembre de 1996, resolvió negar la protección impetrada por María Eugenia Clavijo

Cardona, por considerar que el concurso y los resultados finales del mismo se basaron en el cumplimiento de la normatividad vigente en materia de concursos y no en un acto unilateral y arbitrario de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca.

De otra parte, señala el Juzgado que la demandante desaprovechó el término del cual disponía, luego del concurso, para interponer los recursos en vía administrativa.

III. ACTUACION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Acumulación.

Remitido el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, este fue escogido por la Sala de Selección Número Tres mediante auto del 10 de marzo de 1997, y fue radicado bajo el número T-124108. Luego se dispuso la acumulación a éste de los procesos números T-125766, T-127583, T-130755 y T-140642, por considerar las Salas de Selección Números Cinco, Cuatro y Ocho que entre ellos había unidad de materia.

2. Desacumulación.

Avocado el conocimiento de los procesos acumulados, la Sala Segunda de Revisión mediante auto del 17 de septiembre de 1997, procedió a desacumularlos, pues si bien la temática contenida en dichas tutelas era similar, la situación fáctica específica que cada una de ellos presentaba no permitía que fueran fallados en una misma sentencia.

3. Saneamiento de una nulidad.

La Sala mediante auto del 16 de octubre de 1997 se abstuvo de efectuar la revisión de fondo, por cuanto advirtió la existencia de una causal de nulidad en la actuación del Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de Cali.

Consideró la Sala que siendo la pretensión de la demandante la de obtener su nombramiento en uno de los cargos para los cuales se convocó el concurso, su prosperidad tendría como primer efecto, relevar del cargo a alguno de los demás concursantes que ya habían sido nombrados, violándose de este modo el derecho fundamental al debido proceso del respectivo concursante, pues en ningún momento se le había vinculado al proceso de tutela, para garantizar su derecho de defensa.

Por lo anterior, y ante la falta de notificación a los integrantes de la lista de elegibles que fueron nombrados, se procedió a ordenar al Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de Cali, poner en conocimiento de las señoras Angela María López Gómez, María Eugenia Guarín Zapata, María Carmelina Agudelo Obando y Ana María Salazar Ocampo, la nulidad advertida. Notificadas las citadas de la providencia que puso en conocimiento la nulidad guardaron silencio. En tal virtud, la nulidad quedó saneada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Planteamiento del problema.

La cuestión que se debate en el presente caso es si la incorporación de un determinado factor de calificación en un concurso de ingreso para llenar cargos en el sector educativo, como ser oriundo del lugar donde se desempeñen las labores, implica la violación al principio de igualdad, en cuanto se establece una exigencia discriminatoria que crea irrazonablemente ventajas en favor de algunos de los participantes y condiciones desventajosas para otros.

Además, es necesario establecer si la tutela constituye el instrumento adecuado para amparar los derechos presuntamente quebrantados o, por el contrario, debe acudirse a otros

instrumentos judiciales de carácter ordinario, que se consideren eficaces y oportunos para lograr idéntica protección.

El juez de instancia negó la tutela porque consideró improcedente la pretensión en virtud de que la selección de los aspirantes se llevó a cabo conforme con la normatividad vigente en materia de concursos y de otra parte, la accionante contaba con los recursos propios de la vía administrativa.

2. Solución del problema.

2.1 La vinculación de personal docente al servicio educativo estatal se realiza mediante el sistema de concurso, en acatamiento a los criterios señalados por el ordenamiento constitucional donde se subordina la provisión de empleos en el sistema de carrera al previo cumplimiento de requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

La Corte tuvo ocasión de precisar con detalle y al amparo de las normas constitucionales y legales, las condiciones que rigen los concursos públicos de esta estirpe en los siguientes términos[1]:

"El artículo 125 de la Constitución constituye uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el sistema de la función pública. En efecto, dicha norma contiene una pluralidad de principios que rigen dicha función, a saber:

"a) Determina, como regla general, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y exceptúa de ésta los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los correspondientes a los trabajadores oficiales, vinculados a aquél mediante una relación de trabajo, y los demás que determine la ley".

"b) Señala el mecanismo del concurso público, cuando no exista en la Constitución o en la ley un sistema que determine la forma como deba hacerse la provisión de un empleo, e igualmente recurre a la fórmula del concurso, al advertir que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos "se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes".

"c) Instituye como causales básicas para el retiro, además de las previstas en la Constitución y la ley, la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y la violación del régimen disciplinario".

"d) Con el fin de garantizar el acceso a la función pública, la permanencia en el empleo y su promoción en el mismo, sin otra consideración que el mérito de los aspirantes, establece que la filiación política no será factor determinante al ingreso, ascenso o permanencia en el empleo".

"Puede definirse el concurso público aludido, como el procedimiento complejo previamente reglado por la administración, mediante el señalamiento de las bases o normas claramente definidas, en virtud del cual se selecciona entre varios participantes que han sido convocados y reclutados, a la persona o personas que por razón de sus méritos y calidades adquieren el derecho a ser nombradas en un cargo público".

"El procedimiento en su conjunto está encaminado a alcanzar la finalidad anotada, sobre la base del cumplimiento estricto de las reglas o normas del concurso, la

[1] Sentencia T-256/95, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

publicidad de la convocatoria al concurso, la libre concurrencia, y la igualdad en el tratamiento y de oportunidades para quienes participan en el mismo".

"Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (artículo 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla".

2.2. Las reglas precedentes naturalmente obligan a la administración educativa cuando sea necesario proveer cargos dentro de la rama docente.

Tanto la Ley 115 de 1994 (artículo 105) sobre educación, como el Decreto 1706 de 1989 (artículo 14), han dispuesto que el nombramiento de personal docente y directivo docente en el servicio público educativo estatal, debe estar antecedido de la selección de sus candidatos mediante el sistema de concurso.

El Ministerio de Educación, con fundamento en la atribución que expresamente le confiere el artículo 14 del Decreto 1706/89, dictó la Resolución No. 20974 de 1989, que reguló la convocatoria y desarrollo de los concursos para la incorporación y ascenso de los educadores dentro de la carrera docente.

Las regulaciones en referencia imponen a las autoridades administrativas encargadas de la provisión de cargos para docentes la obligación de señalar de manera clara y expresa los requisitos y condiciones requeridas para acceder al concurso y los sistemas y métodos para evaluar los méritos y calidades de los aspirantes, observando las previsiones constitucionales, legales y reglamentarias.

Según el artículo 3 de dicha resolución, la selección de los aspirantes a cargos en el ramo docente se desarrolla en tres fases:

a) Aplicación de pruebas escritas, las cuales tendrán un valor del 60%;

b) Realización de entrevistas a los aspirantes que hayan obtenido el puntaje requerido en la prueba escrita, las cuales tendrán un valor hasta del 20%;

c) Valoración de los siguientes factores por un total del 20%, discriminados así:

Ser oriundo del municipio para el cual concursa:	5%
Experiencia docente de 5 años o más:	5%
Trabajo docente en zona rural de 5 o más años:	10%

"El puntaje total será determinado por la suma que resulte de la evaluación de la prueba escrita, de la entrevista y de los factores contemplados en el numeral anterior".

Por su parte el artículo 4. de la citada resolución establece:

"La autoridad nominadora sólo podrá proveer la vacante con los aspirantes incluidos en el listado de elegibles en estricto orden descendente de puntaje y en los niveles y áreas correspondientes".

2.3 En la sentencia T-441/97[2], la Corte se refirió a la problemática relativa a la aplicación del principio a la igualdad, cuando se trata de distribuir bienes escasos entre la población, en un caso que guarda cierta similitud con el que ahora analiza la Corte, en los siguientes términos:

> "10. En las condiciones actuales del país, los cupos en las universidades públicas constituyen bienes escasos, es decir pertenecen a la categoría de recursos respecto de los cuales es superior la demanda por el bien que las existencias de éste. Prueba de ello es el alto número de aspirantes por cada plaza de estudios existente en las universidades públicas. Como ya se ha señalado por esta Corporación[3], cuando se trata de la distribución de bienes escasos no se puede partir de la base de que todos los interesados en ellos tienen derecho a recibirlos. La aceptación de este planteamiento sería, además de contraria a la realidad, problemática para la credibilidad de las instituciones y para la estabilidad política. Por eso, en estas situaciones la aplicación del principio de igualdad adquiere una modalidad específica, consistente en que todas las personas interesadas en la adjudicación del bien tienen derecho a estar en igualdad de condiciones para acceder al proceso de selección de los beneficiarios y a que su distribución se realice acatando los procedimientos establecidos".
>
> *"Para que la repartición de los bienes sea practicada con arreglo a fundamentos objetivos, y no de acuerdo con caprichos o inclinaciones personales del funcionario responsable, se requiere la fijación de unos determinados criterios. Estos criterios de distribución no pueden ser generales, aplicables a todos los casos, sino que han de ser determinados de acuerdo con las características propias de los bienes o medios por repartir y de las necesidades o aspiraciones que éstos satisfacen".*
>
> "11. Como ya lo ha manifestado esta Corporación, el mérito académico es el criterio básico para la asignación de cupos en las universidades públicas. Las pruebas de Estado, o sus equivalentes del Icfes, persiguen medir los conocimientos y las aptitudes de los aspirantes a un cupo universitario, con el objeto de distribuir las escasas plazas disponibles entre los postulantes que obtengan las mejores calificaciones. La Corte ha sido estricta en el control del cumplimiento de este criterio de ingreso a los centros de educación. Es así como en la sentencia C-022 de 1996, MP Carlos Gaviria Díaz, se declaró la inconstitucionalidad del literal b) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, el cual preceptuaba que a los bachilleres que prestaran el servicio militar y aspiraran a estudiar en un centro de educación superior se les aumentaría en un 10% el puntaje que hubieran obtenido en las pruebas de Estado o en los exámenes de admisión a la universidad. En aquella ocasión, la Corte expresó que la mencionada bonificación del 10% representaba el resquebrajamiento del criterio esencial de asignación de los cupos universitarios y, en consecuencia, vulneraba el derecho de igualdad, puesto que a consecuencia de ella se excluiría de la distribución de los plazas de estudio a candidatos que habían obtenido buenos resultados en los exámenes, al tiempo que otros con puntajes inferiores a los de estos últimos serían admitidos".

---

[2] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[3] Ver, entre otras, las sentencias T-499 de 1995 y C-423 de 1997.

Los criterios antes expuestos fueron posteriormente reiterados en la sentencia C-210/97[4], en virtud de la cual se declaró inexequible el artículo 186 de la Ley 115/94 que establecía una prioridad para el ingreso y estudio gratuito en los establecimientos educativos estatales para los hijos del personal de educadores, directivo y administrativo del sector educativo estatal y de los miembros de la fuerza pública muertos en servicio activo.

2.4 En relación con la existencia de otro medio de defensa judicial, a que alude el fallador de instancia en su providencia, se anota que en materia de concursos para proveer cargos de carrera esta Sala en la Sentencia T-256/95[5] señaló:

> *"El acto de la administración que establece la lista de elegibles constituye un acto administrativo, porque la administración, hace una evaluación fáctica y jurídica, emite un juicio y produce consecuencialmente una decisión, la cual es generadora de derechos y creadora de una situación jurídica particular, en el sentido de que las personas incluidas en dicha lista tienen una expectativa real de ser nombradas en el correspondiente empleo. Indudablemente, la elaboración de dicha lista constituye un acto preparatorio de otro, como es el nombramiento en período de prueba de la persona seleccionada, pero ello no le resta a aquél su entidad jurídica propia e independiente de éste".*
>
> *"Con respecto a las personas no incluidas en la lista por no haber obtenido el puntaje correspondiente a juicio de la administración, según las bases del concurso, se genera igualmente una situación jurídica particular y concreta aunque negativa, en el sentido de que la determinación de la lista de elegibles conlleva la decisión desfavorable a ser tenidas en cuenta para la provisión del empleo; a las personas que han sido ubicadas en dicha lista en un lugar que no corresponde, conforme a los resultados reales y atendidas las bases del concurso, también se les crea una situación jurídica de la misma índole, porque se les limita, restringe o se les anula la posibilidad de ser nombradas en el empleo que debe ser provisto".*
>
> *"Desde un punto de vista meramente formal, es obvio que contra el acto en cuestión los afectados pueden intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; pero a juicio de la Sala este medio alternativo de defensa judicial no es idóneo y eficaz, por las siguientes razones:*
>
> *- La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo".*
>
> *"- La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho".*
>
> *"Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento?"*
>
> *"Hipotéticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista*

---

[4] M.P. Carmenza Isaza de Gómez

[5] M.P. Antonio Barrera Carbonell

de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido".

"En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas, pues los perjuicios morales difícilmente podrían reconocerse, por no darse los supuestos jurídicos y fácticos que para ello se requiere; en cuanto a los perjuicios materiales, realmente no existirían unos parámetros ciertos con base en los cuales pudieran ser no sólo reconocidos, sino liquidados, pues cabría preguntarse, ¿en qué forma se evaluaría el perjuicio consistente en no ser incluido en una lista de elegibles, o en ser ubicado en ésta en un lugar que no corresponda al puntaje obtenido por el interesado?, si se tiene en cuenta que la colocación en dicha lista es apenas un acto preparatorio del nombramiento y, por lo tanto, tan sólo crea una expectativa para ser designado en el empleo".

"Además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la indemnización que se reconocería no sería idónea para obtener la protección del derecho fundamental que ha sido conculcado por la actuación de la administración".

"La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa, estabilidad que no se puede desconocer porque su nombramiento se realizó en forma legítima y con base en un acto que era válido -la lista de elegibles- para la época en que se hizo la designación, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo. Es decir, que el resultado del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar las situaciones jurídicas válidas que quedaron consolidadas, con fundamento en el concurso, en favor de quienes fueron incluidos en la lista de elegibles y fueron designados para los respectivos cargos. Por consiguiente, quien triunfó en el proceso contencioso administrativo no obtiene con su acción el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Ello es así, porque el restablecimiento del derecho, a juicio de la Sala, no puede ser ordenado en el sentido de que se nombre al citado en el empleo al cual aspira pues semejante obligación no se le puede imponer a la administración, ya que para ser nombrado, previamente debe estar incluido en la lista de elegibles".

"Es más, la orden de reelaborar la lista no tiene un sustento jurídico serio, pues a la administración se le conminaría a que modifique un acto administrativo que ya se encuentra extinguido por el agotamiento de su contenido, lo cual, además, como se dijo antes no tiene un efecto práctico".

"La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto

garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, mas aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales".

"Advierte la Sala que lo decidido en esta sentencia no se opone a la jurisprudencia recogida en la sentencia SU-458/93, porque en esta oportunidad se consideró la situación especial generada en virtud de las sentencias C-040/95 y C-041/95 y, además, que la acción de nulidad y restablecimiento de derecho no es el mecanismo idóneo para amparar los derechos fundamentales que le fueron violados a la peticionaria".

Posteriormente, en diferentes sentencias de las Salas de Revisión de tutela de la Corte se reiteró la anterior jurisprudencia, entre otras, la T-325/95[6].

Con arreglo a las consideraciones precendentes se concluye que la acción de tutela constituye el instrumento procesal idóneo y efectivo para proteger los derechos que la demandante alega le fueron violados, con motivo de la celebración del referido concurso.

2.5. De las pruebas aportadas al proceso se establece lo siguiente:

- Por aviso 01 de 1996 la Alcaldía de Cartago convocó a concurso abierto para ocupar algunos cargos de docentes en centros educativos del Departamento, entre ellos en la escuela "Hernando Nieto García" del Municipio de Cartago. Entre los aspirantes a los cargos en la modalidad de básica primaria del referido establecimiento concursaron Angela María López Gómez, María Eugenia Guarín Zapata, María Carmelina Agudelo Obando, Ana María Salazar Ocampo y María Eugenia Clavijo Cardona.

- Entre los elementos de valoración para la calificación de los aspirantes, y en consonancia con la mentada resolución 20974/89, tuvo en cuenta la Secretaría de Educación Departamental, además de la prueba escrita y la respectiva entrevista, la circunstancia particular del origen del aspirante.

- El resultado de la valoración estableció los puntajes y, en consecuencia, su condición de elegibles a las siguientes personas en este orden:

- López Gómez Angela María:

Prueba escrita	3800
Entrevista	1896
Oriundo	500
Experiencia rural	
Experiencia urbana	500
TOTAL	6696

[6] M.P. Alejandro Martínez Caballero

- Guarín Zapata María Eugenia	
Prueba escrita	3600
Entrevista	1870
Oriundo	500
Experiencia rural	
Experiencia urbana	500
TOTAL	6470
- Agudelo Obando María Carmelina:	
Prueba escrita	3600
Entrevista	1744
Oriundo	500
Experiencia rural	
Experiencia urbana	500
TOTAL	6344
- Salazar Ocampo Ana María:	
Prueba escrita	3600
Entrevista	1698
Oriundo	500
Experiencia rural	
Experiencia urbana	500
TOTAL	6298
- Clavijo Cardona María Eugenia:	
Prueba escrita	3800
Entrevista	1778
Oriundo	
Experiencia rural	
Experiencia urbana	500
TOTAL	6078

Como resultado del concurso en cuestión se seleccionaron y fueron nombradas por la Alcaldía Municipal de Cartago -Valle del Cauca- para el cargo de docentes en la modalidad de básica primaria en la escuela "Hernando Nieto García" de Cartago, las señoras Angela María López Gómez, María Eugenia Guarín Zapata, María Carmelina Agudelo Obando y Ana María Salazar Ocampo, por haber logrado los cuatro primeros puestos de dicho concurso. Es de observar que a dichas personas se les otorgaron 500 puntos, por razón del origen, en el cálculo del puntaje del concurso, lo cual determinó su inclusión en la lista de elegibles en el orden ya indicado y su posterior nombramiento en los respectivos cargos.

2.6 El otorgamiento de un determinado puntaje a ciertos aspirantes, motivado exclusivamente por la condición de ser oriundos de la región donde se van a prestar los servicios, confiere un privilegio violatorio del derecho a la igualdad, porque desconoce los méritos y calidades de los aspirantes, como criterios objetivos para poder determinar quiénes se encuentran en mejores condiciones para acceder al servicio público, cuando aquéllos son los únicos requisitos y condiciones relevantes según el artículo 125 de la Constitución.

El sistema de concurso constituye, a no dudarlo, la expresión más acabada del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos, en la medida en que coloca a

todas las personas en la posibilidad de participar en aquél, sin cortapisas excluyentes, porque tan sólo se exige como condición general para los aspirantes que reúnan las exigencias mínimas que el ejercicio del cargo requiere.

Cuando quiera que en el proceso de selección se establecen prerrogativas en favor de ciertas personas o determinados sectores o se consignan exigencias a cargo de algunos participantes, y tales prerrogativas y exigencias carecen de justificación racional, se convierten indudablemente en fuente de violación del derecho de igualdad.

El origen de una persona como factor positivo a valorar en la selección de un servidor público, no ofrece una explicación sólida que justifique el trato diferencial que él comporta porque el acceso a la carrera se fundamenta esencialmente en los méritos y calidades de los aspirantes, que son los supuestos que garantizan por el seleccionado una adecuada prestación de las funciones públicas que se le van a encomendar.

El argumento que puede tenerse en cuenta para incorporar como factor de calificación el origen de los concursantes, no se asocia de ninguna manera a la búsqueda de los méritos y calidades de los aspirantes, que es la finalidad que justifica el concurso, y, por el contrario, consagra una prerrogativa irrelevante para dicho fin, en virtud de que no ofrece las características que demuestran su bondad como un medio necesario para conseguir la mejor selección del candidato o candidatos para el cargo o cargos respectivos.

La Corte, en sentencia 147/96[7], se pronunció aun cuando para otro caso particular, sobre los temas en cuestión, así:

> *"Para los efectos del análisis de la proporcionalidad de la medida, tanto su finalidad como el medio empleado, deben ser ponderados con mayor rigor en vista de que la Constitución prohíbe expresamente en el artículo 13 la discriminación por razones de origen nacional o familiar. Es evidente que si la Carta excluye la diferenciación de trato sustentado en el origen nacional, está igualmente descartada, inclusive de una manera más perentoria, la discriminación entre nacionales. Dado que la utilización o señalamiento de un factor discriminatorio explícitamente rechazado por la Constitución, induce a temer que se persiga por la autoridad pública la perpetración de una discriminación, el juicio constitucional en estos casos deberá ser más exigente, esto es, debe ir más allá de la mera verificación de la racionalidad o razonabilidad de la medida.*
>
> *(...)*
>
> *"Sólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en un factor asociado al origen nacional o a la residencia, pueden en realidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que normalmente acompaña a las decisiones generales o particulares de los poderes públicos que hagan uso de tales parámetros con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes. La Corte, por lo tanto, no desconoce que, excepcionalmente, en algunas materias y en ciertas circunstancias, la residencia pueda tener relevancia constitucional y admitirse como elemento de diferenciación." (Se subraya).*

[7] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En razón de lo expuesto y con fundamento en el artículo 4 de la Constitución, la Sala ordenará en el caso concreto la inaplicación, por inconstitucional, del numeral 4-1 del artículo 3 de la Resolución No. 20974 de 1989, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, que contempla entre los elementos de evaluación el factor origen, asignándole un porcentaje del 5%, norma que se invoca en el aviso de convocatoria No. 01 de 1996 relativo al mencionado concurso.

2.7 La convocatoria que hizo la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca para escoger los docentes en el nivel de básica primaria de la escuela "Hernando Nieto García" de Cartago, evidentemente tuvo en cuenta como elemento de la calificación el origen de los concursantes. En estas condiciones es evidente que la tutela debe prosperar toda vez que la demandante no fue tenida en cuenta para la nominación en razón a que fue superada por las concursantes a quienes se les incrementó el referido porcentaje, circunstancia que afectó su posición en la lista de elegibles ya que fue desplazada del segundo lugar que le daba derecho al nombramiento respectivo. En efecto:

Al establecerse el puntaje de cada uno de los concursantes, excluyendo los 500 puntos en razón del origen, se obtiene el siguiente resultado:

- López Gómez Angela María	6196
- Guarín Zapata María Eugenia	5970
- Agudelo Obando María Carmelina	5844
- Salazar Ocampo Ana María	5798

La demandante María Eugenia Clavijo Cardona obtuvo un puntaje de 6078 puntos; por consiguiente, debió ocupar el segundo lugar en la lista de elegibles. En tales circunstancias, le asiste el derecho a ser nombrada en el respectivo cargo.

2.8. En conclusión, por haberse desconocido a la demandante sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo durante el trámite del concurso para la provisión de cargos de docentes en la Escuela Hernando Nieto García de la ciudad de Cartago, se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se concederá la tutela impetrada, en las condiciones que se precisan en la parte resolutiva de esta providencia.

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: ORDENAR, en el caso concreto, con fundamento en el artículo 4 de la Constitución la inaplicación del numeral 4-1 del artículo 3 de la Resolución No. 20974 de 1989, expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

Segundo: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de Santiago de Cali, el día 31 de diciembre de 1996, por medio del cual se negó la tutela solicitada y, en su lugar conceder el amparo impetrado por la demandante, por violación a sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo.

Tercero: ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Cartago -Valle del Cauca- que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a nombrar a la señora

María Eugenia Clavijo Cardona en el cargo para el cual concursó. En cuanto a la persona desplazada, téngase en cuenta su nombre para futuros nombramientos según el puesto que le corresponda en la lista de elegibles.

Cuarto: Líbrese por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-246
mayo 26 de 1998

CONVENCION COLECTIVA-Discriminación en incremento salarial por régimen de cesantías/**DERECHO A LA IGUALDAD**-Discriminación en incremento salarial por régimen de cesantías

REGIMEN DE CESANTIAS-Libertad de opción del trabajador

Referencia: Expediente T-153427.

Peticionario: Blanca Lilia Macías de Tovar.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Santa Fe de Bogotá, D. C., mayo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES.

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 correspondiente a la acción de tutela instaurada por Blanca Lilia Macías de Tovar contra la empresa Bon Bril S.A., con fundamento en la competencia que le otorgan los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Los hechos.

1.1. En desarrollo de un contrato a término indefinido, la peticionaria ha venido laborando para la empresa Bon Bril S.A. desde el 22 de enero de 1979.

1.2. Actualmente desempeña el cargo de empaque máquina y devenga un salario de $217.404,oo mensuales.

1.3. Desde hace más de 10 años se encuentra afiliada al Sindicato Nacional de Trabajadores de Bon Bril S.A. - Sintrabonbril.

1.4. En el mes de septiembre de 1997 se firmó una Convención Colectiva entre Sintrabonbril y la Empresa, pactándose un aumento de salario del 23.5% para el primer año y un 22.5% para el segundo año de vigencia de dicha Convención. Sin embargo, para los trabajadores que no se han acogido a la Ley 50 de 1990 los aumentos son de un 6% y 7%, habida cuenta del impacto en la retroactividad de las cesantías.

1.5. Es discriminatorio el tratamiento que se le ha dado a la demandante, porque mientras que las demás trabajadoras que desempeñan las mismas funciones devengan un salario diario de $11.804.oo, a ella sólo se le reconoce la suma de $7.246.oo pesos diarios.

2. Las pretensiones.

La demandante pretende que se ordene a la Empresa BON BRIL S.A., pagar los aumentos salariales y las prestaciones consecuenciales derivados de su contrato de trabajo con la demandada, en la misma forma en que aparecen dichos beneficios laborales para los trabajadores beneficiarios de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con el Sindicato de Trabajadores de Bon Bril S.A. "Sintrabonbril" correspondiente a los períodos 1997 - 1999 y que así mismo se ordene a la empresa, que en lo sucesivo, y al celebrar pactos y convenciones colectivas, se abstenga de fijar condiciones de trabajo que impliquen discriminación contra los trabajadores sindicalizados que conlleven a la violación de los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad individual, a la asociación sindical y a la negociación colectiva.

II. ACTUACION PROCESAL.

Unica instancia.

El Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, en sentencia del 4 de diciembre de 1997 se abstuvo de conceder la tutela impetrada, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Entre Sintrabonbril y la Empresa se celebró una Convención Colectiva, depositada en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que, según el artículo 470 del Código Sustantivo del Trabajo, es una ley de obligatorio cumplimiento para las partes, por lo que, mal podría ahora la señora Macías, a través de la tutela pretender la modificación de las cláusulas estipuladas en la misma.

2. En el parágrafo del artículo 24 de la Convención se establece que el aumento para los trabajadores que aún permanecen en el régimen anterior a la Ley 50 de 1990 se les aumentará "en un porcentaje equivalente al aumento pactado, habida cuenta del impacto de la retroactividad de las Cesantías", por lo que no cabe la consideración de cláusula discriminatoria, pues ella incluye la expresión "equivalente" en relación con el aumento de los demás trabajadores. Diferente sería si se hubiera pactado mayor incremento salarial a otros trabajadores que no se han acogido a la Ley 50 de 1990 y a ella se le hubiera excluido.

3. Si bien se está ante trabajadores que desempeñan la misma labor, no se está ante el mismo patrón de igualdad, porque mientras unos trabajadores mantienen una relación laboral bajo un régimen legal, la peticionaria sigue bajo el postulado de otras leyes.

4. Si se entiende que el patrono ha interpretado mal el parágrafo del artículo 24 de la Convención y por ello liquida en forma incorrecta el salario, se estaría en presencia de un hecho que tiene un medio alternativo de defensa judicial como sería el proceso ordinario laboral, para lograr la liquidación justa del salario.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Análisis acerca de una posible actuación temeraria de la demandante por haber presentado dos acciones de tutela.

1.1. La demandante, junto con la señora Margarita Camargo de Barbosa, interpusieron una acción de tutela ante el juzgado Setenta y Seis Penal de Santa Fe de Bogotá, contra la empresa Bon Bril S.A., con el objeto de amparar sus derechos al trabajo y a la igualdad y poner fin a la discriminación que venían sufriendo, con motivo de la celebración de las convenciones colectivas vigentes para los años de 1993 a 1995 y de 1995 a 1997, debido a que por permanecer dentro del régimen de la Ley 50 de 1990, en materia de retroactividad de

cesantías, sus aumentos salariales eran menores a los que se reconocían a los trabajadores que si se acogieron al sistema de la no retroactividad de las cesantías. Igualmente solicitaron el pago de los correspondientes incrementos salariales.

1.2. El juzgado Setenta y Seis Penal Municipal mediante fallo del 7 de octubre de 1996, accedió a conceder la tutela impetrada y ordenó a dicha empresa que "proceda en lo sucesivo a reconocer y pagar la diferencia salarial que corresponde a las peticionarias de la tutela, tomando como punto de referencia el salario acordado en la Convención Colectiva de Trabajo hoy vigente, en favor de los trabajadores que se han acogido al régimen de liquidación de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990, sin que para tal efecto, les sea exigido acogerse a dicho régimen". Igualmente dispuso, que las diferencias salariales por el tiempo anterior a la sentencia deberían ser reclamadas ante la jurisdicción ordinaria laboral.

1.3. El juzgado Cincuenta Penal del Circuito mediante sentencia del 13 de noviembre de 1996 revocó la sentencia del Juzgado Setenta y Seis Penal Municipal, que había concedido la tutela.

1.4. Con fecha noviembre 26 de 1997 la demandante Blanca Lilia Macías de Tovar, nuevamente interpone una acción de tutela ante el Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, cuya sentencia revisa la Sala, por razones parecidas, pero no iguales, pues en su nueva demanda aunque alude a la misma situación de discriminación, ésta se origina en la Convención Colectiva correspondiente al periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 1997 y el 31 de agosto de 1999.

1.5. El artículo 38 del Decreto 2591, en relación con la actuación temeraria dentro de los procesos de tutela dispone que "cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes".

Como puede observarse, la actuación temeraria se presenta cuando la misma pretensión de tutela, esto es, atendido al alcance material y jurídico de la misma se ejercita ante varios jueces o tribunales, sin motivo expresamente justificado. Por lo tanto, distinta es la situación cuando las pretensiones son en esencia diferentes, o cuando siendo éstas iguales exista razón valedera que justifique interponer la acción en distintos despachos judiciales.

1.6. En el presente caso no se presenta la actuación temeraria de la actora, porque la nueva pretensión de tutela se origina en una disposición de la Convención colectiva correspondiente al periodo de 1997 a 1999 y no en las convenciones anteriores.

Por lo demás, se justifica que la demandante haya acudido a la acción de tutela, dado que la situación que origina la violación de los derechos fundamentales que invoca se ha prolongado en el tiempo y persistirá, a menos que se le pueda poner remedio a través del amparo solicitado. Además, es evidente, siguiendo los derroteros de la jurisprudencia de la Corte que la referida violación es manifiesta.

2. **El problema jurídico planteado.**

El problema que debe resolver en esta oportunidad la Sala consiste en establecer si lo acordado entre el patrono y el sindicato de trabajadores en la convención colectiva suscrita, implica la violación del derecho fundamental a la igualdad, por desconocer el derecho cierto que tiene la accionante de acogerse o no a las disposiciones de la Ley 50 de 1990, en lo relativo a la liquidación y pago retroactivo de su cesantía, e igualmente del principio a trabajo igual salario igual, como consecuencia de la diferencia salarial existente con respecto a los que se acogieron a dicha ley, en cuanto al sistema de la no retroactividad de las cesantías.

3. **La solución al problema.**

3.1. El artículo 98 de la Ley 50 de 1990 dispone:

"El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

1. El régimen tradicional del C.S.T. contenido en el capítulo II, Título VIII, Parte Primera, y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley".

"2. El régimen especial que por esta ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia".

"Parágrafo. Los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral 2°. Del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha en la cual se acoge"

Con respecto al alcance del referido precepto en sentencia T-597/95[1] expresó la Corte:

"La disposición contenida en el numeral 2° del artículo transcrito es imperativa para quienes celebren contratos de trabajo a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990. No lo es para quienes los tenían celebrados con antelación al momento de su entrada en vigor. Estos pueden acogerse a la nueva normatividad, pero en principio y salvo el caso de que voluntaria y espontáneamente manifiesten su voluntad en contrario, lo relacionado con su auxilio de cesantía sigue gobernado para ellos por el régimen anterior, es decir, el del Código Sustantivo del Trabajo".

"Se trata de una previsión del legislador en cuya virtud modifica el sistema que venía rigiendo, pero sin afectar a los trabajadores que ya tenían establecidas sus relaciones contractuales con anterioridad, a menos que ellos mismos resuelvan, por manifestación expresa, acogerse al nuevo régimen".

"La Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia C-569 del 9 de diciembre de 1993, relativa al artículo 6° de la misma ley que nos ocupa, que consagró para los trabajadores en unas ciertas condiciones la posibilidad de acogerse a uno u otro régimen, manifestó:

La disposición acusada concede al trabajador que se halla en la hipótesis descrita la posibilidad de optar, en su caso, por el régimen jurídico que le resulte más conveniente. No se lo coloca, entonces, en la circunstancia de renunciar a uno de sus derechos laborales mínimos ni se le impone un cambio legislativo que le sea perjudicial".

"Es claro, entonces, que los trabajadores indicados gozan, en virtud de la misma norma legal, de la facultad de optar entre uno y otro régimen. La normatividad les garantiza esa libertad, que no puede ser coartada por los patronos. Su decisión en determinado sentido no puede convertirse en condición o requisito para acceder a prerrogativa laboral alguna, ni constituir objeto de transacción en el curso de negociaciones colectivas".

"Carece de legitimidad la actitud de la empresa que pretenda presionar a los trabajadores, mediante ofertas o bajo amenazas, para que se acojan a un régimen que la ley ha hecho para ellos opcional, pues tales manipulaciones vulneran la

[1] M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

libertad individual consagrada en los artículos 16 y 28 de la Carta y desconocen abiertamente la misma ley que ha otorgado a aquéllos la facultad de optar".

"También resultan vulnerados en tales casos el artículo 95, numeral 1, de la Constitución, pues implica abuso de los derechos del patrono, y el 53, inciso final, Ibídem, a cuyo tenor los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

3.2. En el artículo 24 de la Convención, en punto al aumento de salario se dispuso:

"La empresa incrementará el salario básico de sus trabajadores en un diecinueve por ciento (19%), ponderado para el primer año de vigencia de la Convención y en un diecisiete punto cinco por ciento (17.5%), ponderado para el segundo año de vigencia de la Convención".

"Parágrafo. Es entendido y las partes así lo convienen que para aquellos trabajadores que aun permanecen en el régimen anterior a la Ley 50 de 1990, la empresa les aumentará en un porcentaje equivalente al aumento pactado, habida cuenta del impacto de la retroactividad de las cesantías".

Situaciones similares a las que plantea la demanda de tutela han sido objeto de análisis por parte de la Corte[2], cuando se ha alegado vulneración de derechos constitucionales fundamentales por la aplicación de incrementos salariales en forma tal que implica discriminación, pues se han adoptado como criterio de distinción para establecer un mayor aumento de salarios en favor de algunos trabajadores el hecho de haberse acogido al nuevo régimen de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990, mientras que a los que permanecen en el antiguo régimen se les incrementan en un porcentaje menor.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte sobre la materia resulta inadmisible, como motivo para el establecimiento de diferencias salariales y de otro orden, el hecho de que un trabajador no se acoja al nuevo régimen de cesantía de la Ley 50 de 1990, por ser ésta una opción concedida a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo con anterioridad a la vigencia de la misma.

3.4. Dada la similitud que presenta el caso en estudio con el decidido por esta Sala mediante la sentencia T-230/97[3], se reiterará la jurisprudencia contenida en ésta, así:

"3.3. Constitucional y legalmente se reconoce el derecho a la negociación colectiva, lo cual implica que los trabajadores directamente o asociados en el sindicato pueden en representación de los intereses económicos, comunes o generales, celebrar pactos o convenciones colectivas con el fin de mejorar las condiciones de trabajo (artículo 38, 39 y 55 de la Constitución, 373 y 467 del C.S.T.), que tienen un indudable efecto normativo".

---

[2] T-550/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
SU- 342/95 M:P. Antonio Barrera Carbonell.
T- 102/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
T-136/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
T-143/95 M.P. Antonio Barrera Carbonell.
SU-510/95 M.P. Fabio Morón Díaz.
T-597/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
T-468/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-693/96 M.P. Antonio Barrera Carbonell.
T-230/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-566/96 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[3] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

"Como lo advirtió la Corte en la sentencia SU 342/95 citada, los pactos colectivos como las convenciones colectivas deben regular objetivamente las relaciones de trabajo en la empresa, en forma igualitaria, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad y este se viola cuando frente a unas mismas situaciones de hecho objetivas en materia de relaciones de trabajo se otorga un trato diferenciado que no tiene un fundamento serio, objetivo y razonable. Por lo tanto "al patrono no le puede ser permitido, escudado en la libertad para convenir o contratar y para disponer libremente de su patrimonio, desconocer los derechos, principios y valores constitucionales".

"Dentro de la misma línea de pensamiento, considera la Sala que la libertad de los empleadores o patronos y de los sindicatos para celebrar convenciones colectivas tiene como límite los derechos, principios y valores constitucionales. Por lo tanto, merecen respeto las situaciones fácticas específicas, particulares y concretas que puedan cobijar a un sector de trabajadores, y de las cuales puedan derivarse ciertos derechos protegidos constitucional y legalmente, así constituyan una minoría, las cuales no pueden ser objeto de una regulación normativa convencional que los desconozca, sino que exige un tratamiento diferenciado con el fin de preservar el derecho a la igualdad. La máxima de igualdad de tratar en la misma forma a lo que es igual y desigual a lo que ciertamente lo es, constituye una regla de rigurosa observancia en situaciones como las descritas anteriormente, que se imponen con carácter obligatorio en las convenciones o pactos que se celebren entre los empleadores y los trabajadores o los sindicatos".

"Constitucionalmente el respeto por el derecho de las minorías se revela en la Constitución de diferentes modos, entre otros, mediante: La concepción democrática participativa y pluralista del Estado (artículo 1); la garantía de la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (artículo 2); el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural (artículos 7, 8, 171 y 330 parágrafo); el reconocimiento del derecho a la igualdad que comporta igualmente el deber del Estado de proteger "especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta..." y el derecho a la oposición que se reconoce a las minorías que representan los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno (artículo 112)".

"En el campo del derecho laboral colectivo puede manifestarse, como ya se vio, en el respeto del derecho a la igualdad, a través del reconocimiento de las situaciones fácticas y jurídicas que amparen ciertos derechos de los trabajadores, esto es, la posición singular y concreta de éstos derivada de dichas situaciones que los favorecen y no pueden ser desconocidas a través de la celebración de pactos colectivos. Es lo normal que en la convención se regulen todos aquellos aspectos que conciernen a los intereses económicos generales de los trabajadores, pero ello no faculta a los sindicatos y a los patronos para acordar cláusulas que lesionen los derechos de quienes poseen intereses singulares dignos de protección".

"La prohibición que se impone el legislador de no violar el principio de igualdad, también cobija, como se infiere de la referida sentencia SU-342/95, a los empleadores y a los sindicatos cuando celebran convenciones colectivas, dado el efecto normativo que a estos instrumentos se les reconoce".

"En las condiciones anotadas, la previsión de la cláusula de la Convención Colectiva suscrita el 28 de febrero de 1995, con la vigencia ya señalada, constituye una violación de la situación fáctica y jurídica que amparaba a los demandantes, que ameritaba un trato diferente, el cual, de ninguna manera, podía comportar una discriminación en materia salarial en el sentido de no reconocer los aumentos salariales en la misma forma que los demás trabajadores, por no haberse acogido al nuevo régimen de cesantía de la Ley 50 de 1990".

"En conclusión, la mencionada cláusula constituye una violación de los derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad individual y al trabajo en condiciones justas".

3.5. Podría pensarse que la norma convencional no rompe la igualdad, porque ella dice que la empresa, en relación con los trabajadores que aún permanecen en el régimen anterior a la Ley 50 de 1990, les aumentará sus salarios "en un porcentaje equivalente al aumento pactado, habida cuenta del impacto de la retroactividad de las cesantías", pues con esta fórmula lo que se busca es establecer el valor presente del aumento salarial, por el impacto en la liquidación de dichas cesantías. No obstante, a juicio de la Sala la referida norma desconoce los derechos a la libertad, a la igualdad y al trabajo, por las siguientes razones:

Pueden exponerse argumentos fundados y válidos en el sentido de sostener que ambos sistemas, el anterior a la Ley 50 de 1990 y el nuevo originado a partir de la vigencia de éste, comparativamente pueden ofrecer ventajas iguales para los trabajadores, porque la no retroactividad en la liquidación de las cesantías se compensa con los rendimientos que se obtienen por la consignación de estas en los Fondos de Cesantías. Ello justificaría, para la empresa, la inclusión de la cláusula del parágrafo del artículo 24 de la Convención; sin embargo, no debe olvidarse que el derecho a acogerse a uno u otro sistema de liquidación de las cesantías es una opción del trabajador que no puede ser desconocida, entrabada o limitada por la empresa.

La circunstancia de que la empresa se vea favorecida desde el punto de vista económico, mediante la utilización de mecanismos, como el previsto en la cláusula convencional, para propiciar que los trabajadores se acojan al nuevo régimen, no avala constitucionalmente dicha cláusula, porque es necesario dar prevalencia a los intereses del trabajador cuya gestión sólo a éstos concierne para elegir el sistema de cesantías que consideren mas conveniente. Es decir, que el conflicto de intereses entre empresa y trabajador, dada la especial protección que la Constitución dispensa al trabajo, para que éste se desarrolle en condiciones de dignidad y justicia, necesariamente debe resolverse en favor de este último.

3.6. Por las consideraciones antes expuestas, la Corte revocará la sentencia del Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá y concederá la tutela impetrada de los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, a la libertad individual y al trabajo en condiciones dignas y justas y dispondrá que la empresa deberá abstenerse en el futuro de pactar con el sindicato en las convenciones colectivas que celebre cláusulas que impliquen para los demandantes el desconocimiento del derecho de opción que en materia de cesantías les reconoce la Ley 50 de 1990.

Siguiendo la jurisprudencia sentada en la sentencia SU-519/97[4] se procederá de la siguiente manera: en cuanto a la diferencia de salarios que se reclama por la demandante, se

[4] M.P. José Gregorio Hernández Galindo

ordenará que ella sea pagada a partir del 1° de septiembre de 1997, fecha en que entró a regir la Convención actualmente vigente, para lo cual se tendrá en cuenta el salario básico que devengan las compañeras de trabajo que desempeñen el mismo cargo, funciones o actividades en la empresa, que se acogieron al nuevo régimen de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990. Las sumas adeudadas serán actualizadas, teniendo en cuenta los criterios sentados en la sentencia SU-400/97[5].

La demandante queda en libertad para demandar ante la justicia ordinaria laboral el reconocimiento y pago de la diferencia de salario a que considera tener derecho, con anterioridad a la presentación de la demanda de tutela.

IV. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, del 4 de diciembre de 1997, mediante la cual se negó la tutela impetrada.

Segundo. CONCEDER a la demandante la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad individual y al trabajo en condiciones justas. En consecuencia SE ORDENA a la empresa Bon Bril S.A. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación, proceda a reconocer y a pagar apartir del 1° de septiembre de 1997, la diferencia salarial que corresponda a la trabajadora peticionaria de la tutela, tomando como punto de referencia el salario acordado en la convención colectiva de trabajo en favor de los trabajadores que se han acogido al nuevo régimen de liquidación de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990, sin que para tal efecto, le sea exigido acogerse a dicho régimen. Las sumas correspondientes serán debidamente actualizadas, como se indica en la parte motiva.

Tercero. ORDENAR a la empresa Bon Bril S.A. que, en lo sucesivo, al celebrar convenciones colectivas o pactos colectivos se abstenga de acordar cláusulas que desconozcan los derechos que para la demandante se derivan de la opción que le reconoce la Ley 50 de 1990.

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

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

[5] M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

SENTENCIA T-247
mayo 26 de 1998

DERECHO DE ASOCIACION-Fundamental con una connotación positiva y negativa/
REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Cumplimiento decisiones de órganos

El derecho de asociación, entendido como la facultad de pertenecer o no a determinada agrupación, es un derecho de rango fundamental y, por ende, susceptible de tutela, cuando el mismo resulta vulnerado o amenazado, en sus aspectos negativo y positivo. El primero, entendido como la libertad de pertenecer a un grupo, cualquiera que sea el fin de éste, y, el segundo, definido como la libertad de no pertenecer o retirarse de una asociación, cuando se es parte de ésta. Existen casos en los que la pertenencia a una determinada agrupación es el resultado del ejercicio de otros derechos. El ejemplo típico lo constituye el régimen de propiedad horizontal, en el que la ley busca fijar condiciones de convivencia en una determinada comunidad que, por sus características, requiere de quienes la conforman, el acatamiento de normas y decisiones que buscan la efectividad plena de sus derechos, uno de ellos, el de propiedad. Los residentes de un inmueble, deben acatar los reglamentos de copropiedad que prevén la conformación de un ente con órganos de deliberación y decisión, facultado para tomar decisiones que afecten e interesen a toda la comunidad. Las decisiones adoptadas por estos órganos son de obligatorio cumplimiento, siempre y cuando, se tomen en forma democrática, y no afecten derechos fundamentales, como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso, entre otros derechos. Por tanto, la única forma de sustraerse de las decisiones así adoptadas, es dejando de residir en el inmueble sometido a este régimen especial.

ASOCIACION CIVICA DE URBANIZACION-Libertad de los residentes de pertenecer a ella

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Impugnación acto de asociación que ordena cobro de cuota de administración

DERECHO DE ASOCIACION NEGATIVO-Improcedencia para el caso

ASOCIACION CIVICA DE URBANIZACION-Circulares que invitan al pago de cuota de administración

Referencia: Expediente T-153291.

Demandantes: Myriam del Socorro Prencke de Méndez, Carlos Felipe Rosas González, Elci Ruth Prada Cristancho, Jorge Santos Núñez, Libia Mónica Escobar Marín, Edwin de Jesús Gómez Vallejo, María Nubia Cortés y Esther del Carmen Torres de Gómez.

Demandado: Asociación Cívica Belmira.

Magistrada Ponente (E): Dra. CARMENZA ISAZA DE GOMEZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, en la sesión de la Sala Primera de Revisión, a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carmenza Isaza de Gómez, decide sobre el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de Bogotá, en la acción de tutela instaurada por la señora Myriam del Socorro Prencke de Méndez y otros, contra la Asociación Cívica Belmira.

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

La Sala de Selección de la Corte eligió para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I.ANTECEDENTES.

En forma independiente, cada uno de los demandantes presentó demanda de tutela ante el Juzgado Civil Municipal de Bogotá (reparto), contra la Asociación Cívica Belmira, razón por la que distintos despachos judiciales asumieron su conocimiento.

Sin embargo, por tratarse de los mismos hechos y un único demandado, los actores, una vez se efectuó el reparto correspondiente, solicitaron al Juez Once (11) Civil Municipal de Bogotá, a quien correspondió una de las demandas, la acumulación de todos los procesos, con el fin de que fueran fallados en una sola sentencia. Este juzgado accedió a la petición, y solicitó la remisión de los expedientes a los distintos despachos judiciales.

Los jueces civiles municipales que estaban conociendo de estas acciones, accedieron a la solicitud, y remitieron los expedientes correspondientes.

Por esta razón, el Juzgado Once (11) Civil Municipal conoció en primera instancia de las demandas de tutela presentadas contra la Asociación Cívica Belmira, por los hechos que a continuación se resumen:

A. Hechos.

1. Los demandantes son propietarios de unos inmuebles ubicados en la Urbanización "Belmira". Inmuebles que tienen la calidad de bifamiliares, sometidos al régimen de propiedad horizontal.

2. La urbanización "Belmira", es un barrio conformado por el conjunto de bifamiliares y edificios, con vías públicas y parques que pertenecen al Distrito. La urbanización, como tal, no está sometida a ningún régimen especial de propiedad, a diferencia de lo que sucede con cada uno de los bifamiliares que la conforman.

3. Algunos residentes de la urbanización crearon una asociación sin ánimo de lucro denominada "Asociación Cívica Belmira" (ACB), que, según sus estatutos, tiene por objeto la reglamentación del uso, mantenimiento, vigilancia, conservación, y mejoras de las zonas comunes de la urbanización.

4. Los actores manifiestan que voluntariamente hicieron parte de la asociación acusada. Para el efecto, cancelaban las cuotas de administración correspondientes, y, algunos de ellos, llegaron a formar parte de su Junta Directiva.

5. A partir de 1994, por anomalías de carácter administrativo, los actores dejaron de cancelar el valor de la cuota de administración, razón por la que en 1997, la asamblea general

decidió iniciar el cobro prejurídico de las cuotas ordinarias y extraordinarias que los actores y otros residentes han dejado de cancelar. En caso de no lograrse el pago por esta vía, la Asociación procederá judicialmente, según se deduce de la circular del 11 de julio de 1997.

B. La demanda de tutela.

Para los actores, el que la asamblea general los obligue a pagar las cuotas de administración que dejaron de cancelar, vulnera el derecho de libre asociación (artículo 38 de la Constitución), pues ya no pertenecían a la asociación.

En su concepto, desde que dejaron de pagar las mencionadas cuotas, perdieron su calidad de asociados. Para llegar a esta afirmación, los demandantes señalan que el artículo 3° de los estatutos de la Asociación acusada, establece que son miembros activos quienes pagan mensualmente la cuota de administración. Por tanto, el no pago de ésta, da lugar a que se pierda la calidad de asociado.

Concluyen, entonces, que desde la fecha en que dejaron de pagar, manifestaron su intención de no seguir vinculados con la Asociación. Por tanto, no pueden ser obligados a cancelar suma alguna, ni constreñidos a pertenecer a una agrupación de la que no quieren ser miembros.

Para los demandantes, la violación del derecho de asociación, es consecuencia de la aplicación de los artículos 3° y 4° de los estatutos del organismo acusado. Según los actores, las mencionadas normas establecen que se adquiere la calidad de socio activo, por el sólo hecho de ser propietario o de residir en alguno de los inmuebles comprendidos dentro del radio de acción de la Asociación. Es decir, se obliga a los residentes de la Urbanización Belmira a pertenecer a la Asociación acusada, sin que medie acto de voluntad para su afiliación y se impone, en consecuencia, la obligación de cancelar una cuota mensual por concepto de administración. La desafiliación, por su parte, sólo opera si se produce la venta del inmueble.

Afirman, igualmente, que en 1997, la Asociación acusada inició una campaña denominada "en el 97 devuélvasele su sonrisa a Belmira", en la que, a través de circulares y volantes, se invita a la comunidad a colaborar con sus objetivos. Para el efecto, a cada uno de los residentes, se les hicieron llegar los estados de cuenta y una especie de plano de la urbanización, en el que los bifamiliares se identifican con su correspondiente número y una "cara feliz", cuando su ocupante está colaborando con la Asociación. Así, como una leyenda que dice:

" Entre todos SÍ podemos

Si usted NO tiene carita feliz...

Sonría

"COLOQUELE ESTA SONRISA A SU CASA HOY MISMO!".

Para los actores, estas circulares los muestran como deudores morosos ante la comunidad residencial, a pesar de no tener tal calidad, hecho que vulnera sus derechos al buen nombre y a la intimidad (artículo 15 de la Constitución).

C. Pretensiones.

Los actores solicitan la protección de sus derechos a la intimidad, al buen nombre y de asociación (artículos 15 y 38 de la Constitución).

D. Pruebas.

Los actores aportaron como pruebas los siguientes documentos:

Escrituras Públicas de compraventa de los inmuebles de los que son propietarios, con los respectivos reglamentos de coopropiedad bifamiliar; copia de los estatutos de la Asociación Cívica Belmira, y copias de circulares que la Asociación ha repartido en la urbanización, entre otros.

E. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia del quince (15) de septiembre de 1997, el Juzgado once (11) Civil Municipal de Bogotá denegó el amparo solicitado, al considerar que no fue vulnerado el derecho de asociación, pues los actores voluntariamente aceptaron su afiliación a la demandada, mediante la realización de actos positivos como el pago de la cuota de administración y el ejercicio de cargos en su Junta Directiva. Por consiguiente, para el juzgado no es aceptable que los actores cuestionen su condición de socios, en el momento en que se les exige el cumplimiento de sus obligaciones.

No obra en el expediente prueba que permita afirmar que los actores han manifestado de manera clara y expresa su voluntad de retiro de la Asociación demandada.

Así mismo, señala que en el presente caso, la acción de tutela es improcedente, porque los actores pueden acudir ante la jurisdicción civil o a la vía arbitral para cuestionar la legalidad de los estatutos de la Asociación y obtener su desafiliación.

Finalmente, afirma que el hecho de utilizar medios que difundan la necesidad del pago de las cuotas de administración, en procura del bienestar general, no constituye vulneración de los derechos a la intimidad, honra, buen nombre e igualdad.

F. Impugnación.

En escritos presentados el 23 de octubre de 1997, los demandantes impugnaron el fallo proferido por el Juzgado Once (11) Civil Municipal de Bogotá.

En primer término, manifestaron su inconformidad con el deficiente análisis de los hechos y del acervo probatorio que hizo el *ad quo*. Señalaron que lo que se pretende con la acción de tutela, es la protección del derecho de libre asociación, vulnerado por la demandada al no aceptar su retiro. Por tanto, estiman improcedentes las consideraciones hechas por el *a quo* en relación con las vías judiciales que tienen para demandar la legalidad de los estatutos de la Asociación, por no ser éste el objeto de su pretensión.

Indican que tal como lo expone el juez de primera instancia, su vinculación a la Asociación Cívica Belmira se produjo por el pago de la cuota de administración. Por ello, para obtener su desafiliación, dejaron de cancelarlas.

G. Sentencia de Segunda Instancia.

Mediante sentencia del dos (2) de diciembre de 1997, el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia, al considerar que los actores no manifestaron en debida forma su voluntad de retiro de la Asociación, pues el hecho de dejar de cumplir con las obligaciones derivadas de la calidad de socio de una agremiación, no implica la pérdida automática de esa condición. El no pago, por el contrario, da lugar a las consecuencias jurídicas previstas en los estatutos, es decir, el cobro judicial de lo adeudado.

Por tanto, en el trámite judicial que se adelante para obtener el cobro de las deudas de los actores, éstos, por vía de excepción, podrán alegar y demostrar que no están obligados a pagar cuota alguna.

En el presente caso, afirma el juez, no ha sido desconocido ningún derecho fundamental, pues en razón del interés general y de la condición de los demandantes, éstos deben cumplir las obligaciones que les son propias. En consecuencia, indica que si los actores no comparten los fines de la Asociación a la que pertenecen, pueden solicitar su disolución.

Afirma, finalmente, que los derechos al buen nombre y honra, no han sido desconocidos, porque las circulares expedidas por la demandada, solamente invitan al mejoramiento de las condiciones de vida de los residentes de la urbanización, sin que se hubiese hecho alusión a los nombres de los actores o a la identificación del inmueble que habitan.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

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

Segunda. Lo que se debate.

Para los actores, sus derechos fundamentales a la libre asociación, honra y buen nombre, consagrados en los artículos 38 y 15 de la Constitución, respectivamente, se han visto afectados por parte de la Asociación acusada, pues no sólo les está cobrando unas cuotas de administración a las que dicen no estar obligados, por haber dejado de pertenecer a ella, sino, porque, en circulares que se distribuyen en la Urbanización, son mostrados como morosos.

Así las cosas, la Corte entrará a definir si, en el presente caso, ha existido vulneración de los derechos fundamentales a los que hacen referencia los actores, teniendo en cuenta, principalmente, que, de la supuesta violación del derecho de asociación, por el aspecto negativo, se ha generado un conflicto de tipo económico entre los actores y la Asociación acusada.

Tercera. El derecho de asociación.

El derecho de asociación, entendido como la facultad de pertenecer o no a determinada agrupación, es un derecho de rango fundamental y, por ende, susceptible de tutela, cuando el mismo resulta vulnerado o amenazado, en sus aspectos negativo y positivo. El primero, entendido como la libertad de pertenecer a un grupo, cualquiera que sea el fin de éste, y, el segundo, definido como la libertad de no pertenecer o retirarse de una asociación, cuando se es parte de ésta. Al respecto, ha señalado esta Corporación:

> *"...el derecho de asociación, entendido como el ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos encaminado a fundar o integrar formalmente agrupaciones permanentes con propósitos concretos, incluye también un aspecto negativo: que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. Si no fuere así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se trata de un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad." (Corte Constitucional, sentencia C-606 de 1992. Magistrado Ponente, Dr. Ciro Angarita Barón).*

A pesar de ser éste un derecho de carácter fundamental, con una connotación positiva y negativa, existen casos en los que la pertenencia a una determinada agrupación es el resultado del ejercicio de otros derechos. El ejemplo típico lo constituye el régimen de propiedad horizontal, en el que la ley busca fijar condiciones de convivencia en una determinada comunidad que, por sus características, requiere de quienes la conforman, el acatamiento de normas y decisiones que buscan la efectividad plena de sus derechos, uno de ellos, el de propiedad.

Los residentes de un inmueble sometido a este régimen, deben acatar los reglamentos de copropiedad que prevén la conformación de un ente con órganos de deliberación y decisión, facultado para tomar decisiones que afecten e interesen a toda la comunidad. Las decisiones adoptadas por estos órganos son de obligatorio cumplimiento, siempre y cuando, se tomen en forma democrática, y no afecten derechos fundamentales, como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso, entre otros derechos, tal como lo ha reconocido esta Corporación en diversos fallos, entre ellos, T-210 de 1993; T-233 de 1994, T-630 de 1997.

Por tanto, la única forma de sustraerse de las decisiones así adoptadas, es dejando de residir en el inmueble sometido a este régimen especial.

Dentro de este contexto, es necesario analizar si la urbanización en la que habitan los actores, está sometida a un régimen de copropiedad de estas características.

Cuarta. Naturaleza jurídica de la asociación acusada.

La Urbanización Belmira, constituida por 182 inmuebles, aproximadamente, no está sometida a un régimen especial de aquellos que se describieron anteriormente. Es decir, no se puede sostener que sus residentes, fueren ellos propietarios, poseedores, o meros tenedores, ***estén sometidos a un régimen especial de propiedad que les obligue a pertenecer a una determinada agrupación y acatar decisiones de organismos que la ley, en aplicación de ese régimen especial de propiedad, obliga a constituir y respetar.***

El anterior aserto, encuentra respaldo en el oficio AJ2594 de 1997, suscrito por el señor Alcalde y el asesor jurídico de la Alcaldía local de Usaquén, en el que se afirma:

> *"...me permito comunicarle que consultados los libros radicadores y de registro, se pudo observar que a las casas que forman parte del Barrio Belmira no se les ha reconocido personería Jurídica que las autorice actuar como Copropiedad, que su Urbanización no constituye conjunto cerrado, que las vías de acceso son Zonas de Uso público.*
>
> *"Con el mismo propósito se certifica que los parques allí existentes son Zonas de Cesión que pertenecen al Distrito Capital por lo que se catalogan como de Uso Público" (mayúsculas del texto).*

No sucede lo mismo con cada uno de los inmuebles que conforman la urbanización, pues éstos se encuentran sometidos al régimen de propiedad horizontal, en su calidad de bifamiliares. Entendiéndose por bifamiliar, *"la resultante de obtener dos viviendas por lote original, no implicando ello la subdivisión de lotes o reloteo" ("Viviendas Bifamiliares" Scala. 1990).*

Es decir, la copropiedad se predica frente a cada una de la unidades privadas que conforman un bifamiliar, pero no comprende el conjunto de inmuebles y edificaciones que hacen parte de la urbanización Belmira.

Precisamente, ante la ausencia de un régimen especial como aquel que rige la propiedad horizontal, y, ante la necesidad de contar con una organización que permitiera a los residentes de la urbanización coordinar acciones para el mantenimiento y conservación del espacio físico, ambiental, etc., algunos de los moradores decidieron crear la Asociación Cívica Belmira, asociación sin ánimo de lucro y cuyo objeto social es *"el cumplimiento de las normas legales vigentes reglamentadas para la urbanización Belmira, especialmente en cuanto se refiere al uso, mantenimiento, vigilancia y conservación y mejoras de las zonas comunes y el mejoramiento de los servicios de las mismas"* (artículo 2 de los estatutos).

Así las cosas, mientras a la urbanización en comento no se le reconozca un régimen especial, como los que consagran las leyes 338 de 1997 o 428 de 1998, los residentes del sector de Belmira, ***no pueden ser obligados a pertenecer a la Asociación Cívica Belmira. Por tanto, la vinculación de los residentes, estará supeditada a que éstos deseen asociarse y, por ende, acatar las decisiones que, para el cumplimiento de su fin social, lleguen a adoptar los órganos de gobierno correspondientes.***

Entonces, no se puede afirmar que la adquisición de un inmueble en esta urbanización, implique el ingreso automático de su propietario a la Asociación. Mucho menos, que las decisiones que adopten sus órganos de representación sean oponibles a cualquier residente (propietario, poseedor, tenedor, etc), si no ha existido la libertad y la voluntad de éste de hacerse parte de la mencionada organización.

En el caso de los actores, éstos se vincularon a la Asociación, en desarrollo de su libertad para asociarse. Es claro que entraron a formar parte de ella, por su propia voluntad, y no porque así lo establecen unos estatutos, como mal lo afirman ellos. Voluntad representada en actos positivos, como el pago de las cuotas establecidas para los socios, participación en las actividades propias de la asociación, y, más claro aún, por el ingreso de algunos de ellos a los órganos de gobierno de ésta.

En el expediente obran pruebas sobre la pertenencia de cada uno de los actores a la Asociación (copias de recibos de pago de las cuotas de administración de diferentes meses, copias de actas donde consta la participación de éstos en las asambleas, así como la elección de algunos de ellos como miembros de la junta directiva) (folios 270 y s.s. del cuaderno principal).

La Sala no desconoce que los fines que persiguen las asociaciones de la naturaleza de la acusada, son loables, cimentados en un principio muy claro de solidaridad y asistencia mutua, pero no por ello, puede forzarse a las personas a integrar y contribuir con la satisfacción de necesidades que, si bien les son comunes, algunos integrantes de la comunidad pueden considerar que, para su logro, no es necesaria la pertenencia a organización alguna.

Dentro de este contexto, es necesario analizar el caso planteado por los actores.

Quinta. Análisis de caso concreto.

Los actores afirman que la Asociación acusada no les acepta su retiro. Afirmación que basan en el hecho de que, a pesar no querer seguir vinculados a la Asociación, se les obliga a pagar las cuotas de administración a las que sólo están obligados quienes son socios. Manifiestan que al dejar de pagar las mencionadas cuotas, perdieron su calidad de asociados, según lo establecen los estatutos. Por tanto, la entidad acusada no puede cobrarles suma alguna.

El conflicto que aquí se plantea, surge por la forma como las partes han interpretado los estatutos de la Asociación Cívica Belmira. Por un lado, los actores consideran que al dejar de pagar las cuotas de administración, perdieron la calidad de asociados y, por tanto, no puede exigírseles el pago de deuda alguna. Por su parte, la Asociación cree tener el derecho a cobrar las cuotas adeudas, pues los estatutos la facultan para ello.

Los artículos de los estatutos a los que hacen mención los actores son los siguientes:

> *"Artículo 3. Son miembros de la Asociación los propietarios de los inmuebles que son activos, quienes pagan mensualmente la cuota que apruebe la junta directiva, para el funcionamiento del Conjunto, dentro de los primeros cinco días del mes."*
>
> *"Artículo 4. Serán socios activos las personas propietarias de inmuebles ubicados en la Urbanización Belmira, situados dentro de los límites establecidos en el*

artículo 1°. A los residentes no propietarios se les considera como socios activos por adhesión y, deben pagar la cuota mensual en cuantía igual a los socios activos, no obstante el propietario del inmueble será el responsable de pagar cualquier suma que se adeude por cuotas de administración."

Por su parte, la Asociación basa su pretensión de cobro, en el siguiente artículo:

"Artículo 5°. ... la cuota de administración es obligatoria y acarreará un interés del 3% de mora mensual si ésta se paga después del 20 de cada mes. Así mismo, los socios autorizan desde ya el cobro de las cuotas de administración vencidas por vía judicial si fuere el caso, con los intereses, honorarios y gastos del proceso. Para este efecto el Acta de la Asamblea General o de la Junta Directiva de la Asociación Cívica Belmira, el cual se aprobó el valor de la cuota de administración ordinaria o extraordinaria firmada por el secretario y con la constancia escrita del valor en mora del usuario por el tesorero, sin protesto alguno constituirá mérito ejecutivo conforme a las normas vigentes."

Como puede observarse, el conflicto que originó esta acción no tiene otra razón de ser, sino la interpretación de las normas transcritas. Conflicto que, por su naturaleza, no corresponde resolver al juez de tutela, pues existen los mecanismo legales para lograr su solución. Uno de estos mecanismos, lo consagra el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, se deben tramitar y decidir por el proceso abreviado la *"6. Impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas, y de juntas directivas o de socios, de sociedades civiles o comerciales, cuando con ellos se contravenga la ley o los estatutos sociales..."*.

Es claro para la Sala que si el asunto aquí planteado se somete al conocimiento del juez civil, éste podrá definir si los actores perdieron su calidad de asociados por el hecho del no pago, y concluir, en consecuencia, que a la Asociación no le asiste el derecho de realizar cobro alguno. Aún en el evento de un proceso ejecutivo, los actores podrían interponer la excepción correspondiente, cuyo fundamento sería, precisamente, el hecho de haber perdido la calidad de socio.

El juez de tutela, en este caso, so pretexto de proteger el derecho de asociación, no puede entrar a interpretar los estatutos de la Asociación, y dirimir un conflicto de tipo meramente económico que, expresamente, corresponde decidir a la jurisdicción ordinaria.

Sexta. ¿Por qué no procede en este caso la protección del derecho de asociación, por el aspecto negativo?

Porque no ***obra prueba alguna en el expediente que permita afirmar que los actores hubiesen manifestado su voluntad inequívoca de no seguir perteneciendo a la Asociación, y que ésta les hubiese impedido su retiro***. La única actuación desplegada por la Asociación, y que los demandantes entendieron como una vulneración de su derecho de asociación, fue el inicio de algunos trámites para obtener el pago de lo que, en concepto de ésta, adeudan los actores.

Esta conducta de la Asociación, en principio, no puede entenderse como un ataque al derecho de asociación, por el aspecto negativo, pues, como se planteó, la Asociación sólo está haciendo una interpretación de sus estatutos. Válidamente cree tener derecho a realizar ese cobro, y los actores, por su parte, sostienen que han perdido su calidad de asociados, precisamente por haber dejado de pagar las mencionadas cuotas. Conflicto de interpretación que debe resolver el juez ordinario, pues de él no se deduce la violación del derecho

fundamental que alegan los actores. Corresponderá, entonces, a la justicia ordinaria, determinar las obligaciones que puedan existir en cabeza de los actores, función que es ajena a la competencia del juez de tutela.

Séptima. Los derechos al nombre, intimidad y honra no se han visto vulnerados en el caso en estudio.

No comparte la Sala el criterio de los actores, cuando afirman que la Asociación ha vulnerado sus derechos a la honra, el buen nombre e intimidad, por la distribución de circulares en las que se invita a los residentes de la Urbanización a colaborar con los objetivos de ésta, y pagar, por consiguiente, las correspondientes cuotas de administración.

Estas circulares son un medio de información entre los miembros de la Asociación y ésta, y, si bien es cierto en ellas se incluyeron los nombres y direcciones de todos los residentes, y un cuadro mes por mes, indicando en cada uno de ellos si el pago del mes se efectuó, su distribución se hizo a cada uno de los miembros de la asociación, que, obviamente son residentes de la Urbanización, haciendo conocer asuntos que les conciernen. Entonces, ¿cómo pueden estar vulnerándose los derechos al buen nombre y a la honra de los actores, cuando éstos hacían parte de la Asociación, y su comportamiento interesaba a toda la comunidad? Al respecto, ha dicho la Corte:

> *"...durante algún tiempo se consideró violatorio de la intimidad de los directamente implicados en las deudas comunales, la publicación de listados que consignaran la identidad de las personas que tenían esas deudas y las sumas correspondientes, porque se pensaba que tal información sólo interesaba a los deudores morosos y su revelación constituía una injerencia indebida en el fuero íntimo de las personas. Sin embargo, esta Corte en la sentencia T-228 de 1994 consideró que tales publicaciones no menoscaban el derecho a la intimidad de los individuos porque la información que se desprende de esos comunicados tiene relevancia económica para los demás miembros del conjunto, quienes por formar parte de una comunidad tienen derecho a conocer la situación financiera de la misma. Igualmente se consideró que la situación no era violatoria del derecho a la intimidad, en razón a que "la citada lista no fue divulgada al público en general sino que se circunscribió a los habitantes del edificio, quienes evidentemente tenían interés en conocer los nombres de aquellos que, en perjuicio de la comunidad, venían incumpliendo sus obligaciones para con ella."" (Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1995, Magistrado Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero).*

Cosa distinta sucedería, si la entidad acusada decidiera incluir en estas circulares, información relacionada con residentes que nunca han pertenecido a la Asociación, o dejaron de hacer parte de ella, pues la publicación de sus nombres, mostrándolos como morosos, sí podría ser considerada como una lesión de sus derechos fundamentales.

Igualmente, no encontró la Sala ninguna circular que responsabilice directa o indirectamente a los actores de la inseguridad de la zona, tal como lo afirman en su escrito de tutela, razón por la que este hecho no será objeto de análisis.

Por otra parte, es obvio que quien no esté contribuyendo con sus cuotas, no pueda beneficiarse de los servicios que presta la Asociación. Por tanto, una circular en la que se afirme que se suspenderán los servicios de seguridad, aseo, etc., que obviamente son

prestados por la Asociación **en forma adicional a los que prestan las empresas de servicio público**, a quien no se encuentre al día, sin especificar ningún otro dato, y poniendo presente los riesgos que se pueden correr, por ejemplo, al no contar con una adecuada vigilancia, no vulnera derecho fundamental alguno.

Por este aspecto, tampoco procede el amparo solicitado, en relación con los derechos consagrados en el artículo 15 de la Constitución.

III. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, CONFIRMASE la sentencia proferida el dos (2) de diciembre de 1997, por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá.

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

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-248
mayo 26 de 1998

VIDA HUMANA-Dignidad/**DERECHO A LA VIDA DIGNA**-Salud mental y sicológica

La vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL-Salud mental y sicológica

La Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio sicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad.

DERECHO A LA SALUD MENTAL-Derechos constitucionales comprometidos

En los casos de peligro o afectación de la salud mental y sicológica de una persona no solamente están comprometidos los derechos fundamentales que a ella corresponden sino los de sus allegados más próximos, los de la familia como unidad y núcleo esencial de la sociedad que merece especial protección, y los de la colectividad. De lo dicho se deduce que, al reclamar judicialmente la preservación inmediata del derecho a su salud mental, la persona invoca derechos fundamentales susceptibles de amparo por la vía del artículo 86 de la Constitución Política.

SALUD-Constitucionalmente es integral

La salud constitucionalmente protegida no es únicamente la física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar sicológico, mental y sicosomático de la persona.

DERECHO A LA SALUD MENTAL-Atención médica preventiva/**ENFERMEDAD MENTAL**-Atención médica preventiva

No es indispensable, para tener derecho a la atención médica, que el paciente se encuentre en la fase crítica de una enfermedad sicológica o mental. Aceptarlo así equivaldría a excluir,

en todos los campos de la medicina, los cuidados preventivos y la profilaxis. Habría que esperar la presencia del padecimiento en su estado más avanzado y tal vez incurable e irreversible para que tuviera lugar la prestación del servicio. En el caso de las enfermedades mentales, si se acogiera dicho criterio, tendría que supeditarse todo tratamiento a la presencia cierta o inminente de la esquizofrenia, la demencia o la locura furiosa. Por supuesto, las entidades públicas o privadas encargadas de prestar los servicios de salud no pueden excluir de su cobertura los padecimientos relacionados con el equilibrio y la sanidad mental y sicológica de sus afiliados o beneficiarios en ninguna de las fases o etapas de evolución de una determinada patología.

INAPLICACION DE NORMAS-Tratamiento sicológico/**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD**-Tratamiento sicológico

Referencia: Expediente T-155156.

Acción de tutela incoada por Lucelly Márquez Palacio, contra la "Colseguros" E.P.S.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se revisan los fallos proferidos en el asunto de la referencia por el Juzgado Décimo Civil del Circuito y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín.

I.INFORMACION PRELIMINAR.DECISIONES JUDICIALES

Lucelly Márquez Palacio, de cincuenta y dos años, está afiliada a la E.P.S. "Colseguros".

En los últimos años ha venido afrontando situaciones traumáticas en su vida personal y familiar. Entre los acontecimientos que la han conmovido se encuentran el secuestro de su hermana en 1994, el de su hermano en 1995, la muerte de otra de sus hermanas por cáncer en 1996, su propia separación -luego de 29 años de matrimonio-, también ocurrida en 1996.

Habiéndose considerado afectada en su salud mental, la actora se dirigió a la E.P.S. con el objeto de solicitar el servicio de atención en el aspecto sicológico, pues entendió que su problema estaba en una fase imposible de solucionar por su parte.

Fue atendida al comienzo y asistió a algunas sesiones, pero intempestivamente , terminadas las primeras consultas, se le negó autorización para efectuar nuevas, a pesar de la constancia del sicólogo en la cual manifestaba la necesidad de continuar el tratamiento.

Ejerció la acción de tutela, en defensa de sus derechos a la salud y a la vida. La protección le fue concedida en primera instancia pero negada en segunda (sentencias del 14 de noviembre y del 10 de diciembre de 1997, proferidas respectivamente por el Juzgado Décimo Civil del Circuito y por el Tribunal Superior de Medellín).

En el fallo de primer grado se consideró que, en efecto, los derechos de la accionante habían sido vulnerados, pues no era indispensable esperar la fase crítica de la enfermedad -requisito exigido por Colseguros- para que se le debiera prestar atención. Se dispuso en consecuencia que la E.P.S., en un término improrrogable de cuarenta y ocho horas, autorizara las sesiones que fueran necesarias para el seguimiento sicoterapéutico correspondiente.

El Tribunal, en cambio, consideró que, si bien el POS cubre a todas las personas afiliadas, el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSS) establece algunas exclusiones y

limitaciones relacionadas con procedimientos, actividades e intervenciones que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, así como aquellos considerados como estéticos, cosméticos o santuarios, y los que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Se citó en la Sentencia el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, que dice: "No se excluye la sicoterapia individual de apoyo en la fase crítica de la enfermedad y sólo durante la fase inicial. Tampoco se excluyen las terapias grupales. Se entiende por psicoterapia prolongada aquella que sobrepase los treinta (30) días de tratamiento una vez hecho el diagnóstico".

Según el Tribunal, no existe en el expediente ninguna constancia que nos indique el grado de necesidad del tratamiento, ni se conoce la intensidad de la afección ni la incidencia que ella pueda tener en la conservación de la vida de la demandante, requisito que es necesario demostrar por tratarse de un derecho conexo.

En consecuencia, revocó la decisión de primer grado y negó la protección de los derechos invocados.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte goza de competencia para revisar los aludidos fallos, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y según las reglas del Decreto 2591 de 1991.

2. La protección de la salud mental en conexión con el derecho fundamental a una vida digna. El derecho a la integridad personal. La salud protegida por la Constitución Política es integral. Inaplicación de una norma

La Corte estima que en el presente caso acertó el juez de primera instancia al conceder la tutela. Su fallo será confirmado, previa revocación del proferido por el Tribunal, que la había negado.

En primer lugar, ha de reiterarse que, si bien el derecho a la salud en sí mismo no es en principio fundamental, adquiere tal carácter por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal.

La vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación (artículos 1, 2 y 11 C.P.), no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad.

La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

Por otra parte, el artículo 12 de la Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio sicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad.

Deben reiterarse los conceptos de esta Sala acerca de los indicados derechos.

En cuanto a la vida digna sostuvo:

"El de la vida, un derecho cualificado

El derecho a la vida es el primero y más importante de los derechos consagrados en la Constitución. Sin su protección y preeminencia ninguna razón tendrían las normas que garantizan los demás.

Dado su carácter, el derecho a la vida impone a las autoridades públicas la obligación permanente de velar por su intangibilidad no sólo mediante la actividad tendiente a impedir las conductas que lo ponen en peligro sino a través de una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance.

El concepto de vida que la Constitución consagra no corresponde simplemente al aspecto biológico, que supondría apenas la conservación de los signos vitales, sino que implica una cualificación necesaria: la vida que el Estado debe preservar exige condiciones dignas. De poco o nada sirve a la persona mantener la subsistencia si ella no responde al mínimo que configura a un ser humano como tal.

(...)

La vida del ser humano, entonces, es mucho más que el hálito mediante el cual se manifiesta su supervivencia material. No puede equipararse a otras formas de vida, pues agrega al mero concepto físico elementos espirituales que resultan esenciales". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-067 del 22 de febrero de 1994).

En lo relativo a la integridad personal manifestó:

"En cuanto a la integridad personal, valor cuya jerarquía es cercana al de la vida y cuyas violaciones casi siempre la ponen en peligro, se relaciona con la preservación del sujeto en sus componentes físicos, sicológicos y espirituales, los cuales se hallan integrados en un conjunto armónico que justamente constituye la esencia del ser humano. Tales elementos y el todo resultante de su articulación deben permanecer inalterados por agresiones, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques y lesiones, por acción u omisión de autoridades o particulares.

El derecho a la integridad personal se deriva directamente de la consideración y el respeto que merece el ser humano en su esencia por razón de su dignidad intrínseca, que resulta ofendida en alto grado por cualquier forma de maltrato moral o material". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia SU-200 del 17 de abril de 1997).

Para la Corte es claro, además, que en los casos de peligro o afectación de la salud mental y sicológica de una persona no solamente están comprometidos los derechos fundamentales que a ella corresponden sino los de sus allegados más próximos, los de la familia como unidad y núcleo esencial de la sociedad que merece especial protección, y los de la colectividad.

De todo lo dicho se deduce que, al reclamar judicialmente la preservación inmediata del derecho a su salud mental, la persona invoca derechos fundamentales susceptibles de amparo por la vía del artículo 86 de la Constitución Política.

La atención de la salud es, según el artículo 49 de la Constitución, un servicio público a cargo del Estado. Y, aunque puede ser prestado por los particulares, está sujeto a la vigilancia y control estatales, y ante todo a los postulados y mandatos de la Carta Política.

Según el artículo citado, se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, al paso que los servicios correspondientes, con independencia del carácter público o privado de quien los preste, deben conformarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

"Toda persona -según la norma- tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de la comunidad" (subraya la Corte).

Esto indica que la salud constitucionalmente protegida no es únicamente la física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar sicológico, mental y sicosomático de la persona.

A la inversa de lo que entendió el Tribunal en el fallo de segunda instancia, debe afirmarse que no es indispensable, para tener derecho a la atención médica, que el paciente se encuentre en la fase crítica de una enfermedad sicológica o mental. Aceptarlo así equivaldría a excluir, en todos los campos de la medicina, los cuidados preventivos y la profilaxis. Habría que esperar la presencia del padecimiento en su estado más avanzado y tal vez incurable e irreversible para que tuviera lugar la prestación del servicio. En el caso de las enfermedades mentales, si se acogiera dicho criterio, tendría que supeditarse todo tratamiento a la presencia cierta o inminente de la esquizofrenia, la demencia o la locura furiosa.

Carece de sentido, frente a la Constitución, que la persona afectada por los síntomas de un desajuste sicológico sea rechazada en cuanto al acceso a la prestación de los servicios médicos que lo corrijan o morigeren, bajo el argumento de que no se encuentra en la fase crítica y, peor todavía, arguyendo que ya pasó la etapa inicial de dicha fase.

Tampoco se justifica la exclusión de los tratamientos denominados prolongados, es decir aquellos que sobrepasan los treinta (30) días a partir del diagnóstico.

Por supuesto, las entidades públicas o privadas encargadas de prestar los servicios de salud no pueden excluir de su cobertura los padecimientos relacionados con el equilibrio y la sanidad mental y sicológica de sus afiliados o beneficiarios en ninguna de las fases o etapas de evolución de una determinada patología.

Las restricciones al respecto riñen de manera flagrante con la Constitución.

Por existir incompatibilidad evidente con el artículo 49 de la Constitución Política, esta Corte, haciendo uso de la facultad contemplada en el artículo 4 *ibidem*, inaplicará, para el caso concreto el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, reglamentario del Plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, invocado por la compañía demandada al negar la continuación del tratamiento sicológico de la accionante, en la parte que excluye de la protección el "tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis y psicoterapia prolongada" y en la que limita la psicoterapia individual de apoyo a "la fase crítica de la enfermedad, y sólo durante la fase inicial".

En el caso materia de análisis, la E.P.S "Colseguros" negó a su afiliada -la demandante- la autorización para la práctica de sesiones de atención médica en el campo sicológico, que se enmarcaban dentro de una terapia que ella necesita.

Obra en el expediente la certificación del médico que la venía atendiendo, en el sentido de que "su tratamiento requiere de seguimiento psicoterapéutico".

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, del diez (10) de diciembre de 1997, proferido al resolver sobre la acción de tutela incoada por Lucelly Márquez Palacio contra la EPS "Colseguros" y, en su lugar, CONFIRMAR el de primer grado, dictado por el Juez Décimo Civil del Circuito de Medellín, el 14 de noviembre de 1997, que concedió el amparo y ordenó a dicha entidad reiniciar el tratamiento.

Segundo. INAPLICASE, en este caso concreto, el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, reglamentario del Plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, invocado por la compañía demandada al negar la continuación del tratamiento sicológico de la accionante, en la parte que excluye de la protección el "tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis y psicoterapia prolongada" y en la que limita la psicoterapia individual de apoyo a "la fase crítica de la enfermedad, y sólo durante la fase inicial".

Tercero. "Colseguros" E.P.S deberá dar cumplimiento a lo aquí dispuesto y a lo ordenado por el juez de primera instancia en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo.

En consecuencia, brindará a la accionante, sin costo adicional para ella y durante el tiempo en que lo requiera, sin aplicar disposiciones restrictivas, la totalidad del tratamiento psicoterapéutico que venía recibiendo, así como el que resulte indispensable por razón de los daños que le haya causado la suspensión de aquél.

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

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-249
mayo 26 de 1998

ACCION DE TUTELA-Improcedencia en favor de persona fallecida

DERECHOS FUNDAMENTALES-Inalienables, inherentes y esenciales al ser humano

DERECHOS FUNDAMENTALES-Carácter personal

ACCION DE TUTELA-Carácter personal y concreto

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Inexistencia de presupuestos por fallecimiento del titular de los derechos

ACCION DE TUTELA-Finalidad

La finalidad que persigue la acción de tutela es la de restablecer los derechos constitucionales conculcados, recuperando para su titular el goce efectivo o, así mismo, evitando se produzca su vulneración cuando se trata de una amenaza, cuya existencia física le permitirá al sujeto destinatario de las medidas de tutela, la protección de los consiguientes derechos solicitados.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Restitución o reivindicación de la posesión

FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Fallecimiento del titular de derechos

Referencia: Expediente T-154312.

Peticionario: Ricardo Ramón Tarra Sánchez.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

En desarrollo de sus atribuciones constitucionales y legales, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, procede a revisar la sentencia proferida en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. La solicitud.

El señor Ricardo Ramón Tarra Sánchez -apoderado del señor Eduardo Lemaitre Vélez, dentro de un proceso de lanzamiento por ocupación de hecho- actuando en ejercicio de dicho poder y en nombre propio, dado el fallecimiento de aquél, formuló acción de tutela contra la

Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias D.T. y C., para solicitar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de su poderdante o de sus sucesores, al estimarlos vulnerados con el acto que negó la oposición ejercida en la diligencia de lanzamiento, en la cual el señor Lemaitre Vélez fue querellado, así como la revocatoria del mismo y la suspensión de la orden de lanzamiento proferida.

2. HECHOS.

Los hechos que dieron lugar a la formulación de la acción de tutela se resumen de la siguiente manera:

2.1. El señor Fabio Mora Bohórquez, propietario del inmueble localizado en la Cra. 24 # 23-15 de la ciudad de Cartagena, departamento de Bolívar, lo arrendó a la Sociedad La Phea Ltda., mediante documento privado suscrito el 1o. de abril de 1993, el cual fue incumplido por la arrendataria en el pago del canon mensual de arrendamiento, durante 14 meses, razón por la cual se inició proceso de restitución del bien inmueble mencionado, en contra de esta última (fol. 68).

Conoció del respectivo proceso el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena, el cual accedió a las pretensiones de la demanda sin que se hubiere dado oposición alguna ni contestación a la misma, y fue comisionada la Inspección de Policía Urbana No. 3, del barrio Manga, para que practicara la diligencia de lanzamiento y restitución del bien inmueble arrendado (fol. 129), procediendo a la entrega material y real del inmueble al apoderado del arrendador, Manuel Enrique L'Hoeste, quien lo recibió a entera satisfacción el día 17 de abril de 1997 (fol. 131).

2.2. El día 8 de mayo de 1997 el señor Eduardo Lemaitre Vélez presentó denuncia por fraude procesal ante la Fiscalía, por cuanto, ese mismo 17 de abril, no pudo ingresar al inmueble del cual se ha venido haciendo mención, por desconocimiento de la diligencia practicada, considerándose atropellado en sus derechos, pues alegaba estar en posesión del mismo con el ánimo de señor y dueño del local y del negocio que allí funcionaba, ya que, según lo señaló, la anterior arrendataria lo había abandonado desde hacía más de dos años.

2.3. Con base en la anterior conducta y estimando perturbada la tenencia reconocida respecto del inmueble en mención, al día siguiente el abogado Manuel Enrique L'Hoeste solicitó a la Inspectora de Policía Urbana No. 3 del barrio Manga ordenar un amparo policivo que decretado no produjo los efectos esperados, por lo cual instauró, el 9 de mayo de 1997, una querella policiva por ocupación de hecho ante la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, a fin de que se produjera el correspondiente lanzamiento, petición que le fue concedida en la Resolución No. 1238 del 30 de mayo del mismo año, previa notificación personal o en su defecto por aviso al querellado, señor Eduardo Lemaitre Vélez, así como al Personero Distrital.

2.4. La diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho del señor Lemaitre Vélez se realizó el día 24 de julio de 1997, en donde el apoderado de la parte querellada se opuso, alegando inconsistencias en la identificación del bien inmueble objeto de la actuación administrativa, el ejercicio de la posesión pacífica y tranquila de su representado durante los últimos dos años, y la existencia de una denuncia penal interpuesta por fraude procesal ante la Fiscalía General de la Nación.

Por su parte, el abogado del querellante, Manuel Enrique L'Hoeste, solicitó continuar con la diligencia, toda vez que, en su criterio el predio citado estaba plenamente identificado, según la escritura pública de compraventa y la Resolución 1238 de 1997, y contaba con avisos publicitarios que distinguían el local con el nombre o razón social de la sociedad arrendataria; además, alegó la extemporaneidad de la oposición ejercida, la cual ha debido darse dentro del

proceso de restitución de bien inmueble arrendado y la existencia de una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, por los hechos perturbadores contra la administración de justicia, por parte del señor Lemaitre, en desconocimiento de una tenencia material reconocida anteriormente.

2.5. La Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias D.T. y C., mediante la Resolución No. 2961 del 6 de noviembre de 1997, resolvió la oposición, rechazándola, por cuanto la orden de lanzamiento se profirió y practicó correctamente sobre el inmueble objeto de la ocupación ilegal, según el artículo 26 del C.P.C. y la individualización que del mismo hizo la Inspección de Policía Urbana No. 3 del barrio Manga, la referencia catastral de la certificación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y el recibo del impuesto predial expedido por esa alcaldía, precisando que el querellado no probó legalmente la ocupación y su alegada calidad de poseedor material del inmueble en cuestión, como si lo efectuó el querellante respecto de la tenencia material del mismo bien, en virtud de una decisión administrativa dictada en desarrollo de la comisión ordenada por un juez de la República, como resultado del respectivo proceso de restitución de bien inmueble arrendado.

2.6. Fallecido el señor Eduardo Lemaitre Vélez, el 27 de septiembre de 1997, su apoderado, Ricardo Ramón Tarra Sánchez, promovió acción de tutela contra la decisión adoptada en la Resolución No. 2961 del 6 de noviembre de 1997, para proteger sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa o los de sus sucesores, ya que el mismo no estaba en condiciones de promover su propia defensa (Decreto 2591 de 1991, artículo 10), por la insuficiente e indebida valoración de las pruebas presentadas durante la oposición dentro de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho ya relatada, teniendo en cuenta que el acto administrativo atacado no era susceptible de recurso alguno, y al estimar que enfrentaban un peligro inminente que les podía causar graves perjuicios a sus derechos, lo que ameritaba una revocatoria del acto que negó la oposición y la suspensión de la diligencia de lanzamiento, mientras la justicia ordinaria decidía la cuestión.

II. ETAPA PROCESAL.

1. Intervención de la entidad demandada durante la instancia judicial del proceso de tutela.

Avocado el conocimiento de la demanda de tutela por el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Cartagena Indias, la Alcaldía Mayor de esa ciudad solicitó declarar improcedente la acción de tutela en referencia, aduciendo que la Resolución No. 2961 de 1997, acusada como violatoria de los derechos al debido proceso y defensa del actor, así como la anterior, o sea la Resolución 1238 de 1997, se expidieron de conformidad con las disposiciones legales pertinentes (Decreto 992 de 1930 y C.P.C.).

Al respecto, señaló que la vigencia del principio al debido proceso se aseguró en todos los momentos procesales que se cumplieron en el transcurso de la querella de lanzamiento por ocupación de hecho adelantada contra el señor Eduardo Lemaitre Vélez, y que los argumentos de la oposición allí formulada fueron tenidos en cuenta al realizarse el estudio de las pruebas presentadas por cada una de las partes, con fundamento en lo cual se adoptó la decisión final, lo que controvierte la afirmación del accionante en el sentido de que se desconoció en ese sentido el derecho de defensa de su representado.

Por último, agregó que las decisiones de las autoridades de policía son medidas provisionales que se mantienen hasta tanto el juez competente decida, por lo que resulta improcedente la acción de tutela, ante la presencia de otros medios de defensa judicial para recuperar la posesión perdida, como sería la de acudir a la justicia civil ordinaria mediante el trámite de un proceso reivindicatorio tendiente a reclamar la restitución o reivindicación de la posesión.

2. **La decisión judicial que se revisa.**

Mediante sentencia del 12 de diciembre de 1997, el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Cartagena concedió la tutela, al encontrar probada la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de su representado, Eduardo Lemaitre Vélez, ya fallecido, dentro de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho adelantada por la Inspección de Policía del barrio Manga en cumplimiento de la Resolución No. 1238 de 1997, expedida por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

Para fundamentar su decisión, señaló que el querellado al oponerse en la diligencia se declaró poseedor del inmueble con el ánimo de señor y no ocupante de hecho, soportando su afirmación en diferentes pruebas que a la vez pretendían demostrar que existía un inconsistencia en la identificación del inmueble dada las distintas nomenclaturas verificadas, circunstancia que al ser resuelta por la alcaldía omitió un pronunciamiento sobre la totalidad de las pruebas, en especial en relación con el tema de la posesión.

Por esa razón, advirtió que es en el campo de las pruebas en donde más debe velarse por la aplicación del debido proceso, por lo que para el presente caso se exigía un análisis global y conjunto de las allegadas al proceso, razón por la cual encontró violados los derechos fundamentales mencionados, ordenando a la alcaldía abstenerse de practicar el lanzamiento hasta que decidiera nuevamente la oposición con base en el estudio de todo el material probatorio, aclarando que tal decisión no constituía insinuación alguna del sentido del pronunciamiento final, dada la libertad de la entidad accionada para resolver sobre lo que considerara justo y conveniente.

Por cuanto el fallo al cual se ha hecho referencia no fue impugnado en su oportunidad, el Juzgado del conocimiento remitió el proceso de tutela a esta Corporación, para los efectos de su eventual revisión constitucional, en cumplimiento del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, habiendo correspondido en reparto a esta Sala de Revisión, quien procede a decidir sobre el mismo, previas las siguientes consideraciones.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1 **Competencia.**

La Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida por el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Cartagena, el día 12 de diciembre de 1997, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. **La materia a examinar.**

En el asunto sometido a la revisión de esta Corporación, el apoderado del señor Eduardo Lemaitre Vélez, quien falleció con anterioridad a la iniciación del proceso de tutela, promovió dicha acción al considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, como consecuencia de la actuación de la autoridad de policía que adelantó el proceso de lanzamiento por ocupación de hecho en su contra, argumentando que no se tuvo en cuenta su condición de presunto poseedor material de un predio, dada la valoración equivocada de los hechos y del material probatorio presentado en la oposición formulada en dicha diligencia.

Comoquiera que quien presenta la acción de tutela lo hace invocando un poder dentro de un proceso policivo y el deseo de gestionar como agente oficioso en favor de una persona fallecida, la Sala estima pertinente referirse, en forma prioritaria, a la circunstancia relacionada

con la legitimación activa para ejercer la acción de tutela, teniendo en cuenta su directa incidencia en la procedibilidad de la misma.

3. Improcedencia de la acción de tutela en favor de persona ya fallecida.

El Constituyente de 1991, en el artículo 86 de la Carta Política, asignó a los jueces de la República el conocimiento y trámite de la acción de tutela como un mecanismo procesal de protección y garantía constitucional directo, inmediato, autónomo, informal, preferente y sumario de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares, en los casos legalmente establecidos, y al cual puede acudirse, exclusivamente, cuando no existan otros medios de defensa judicial, excepto ante la eventualidad de un perjuicio irremediable que la haga indispensable en forma transitoria.

Se observa, entonces, en dicha acción, una garantía de rango superior que asegura la vigencia efectiva de derechos que comparten esa misma jerarquía, en la medida en que son inalienables, inherentes y esenciales al ser humano[1] y que, por esa misma condición, presentan una mayor importancia dentro del ordenamiento jurídico, dada su incidencia en el desarrollo existencial de las personas con respecto a sus expectativas de vida, bien sea en forma individual, como ser autónomo, o en forma colectiva, dado su asocio natural con los demás congéneres.

Los conceptos antes mencionados fueron objeto de precisión por esta Corporación, en el entendido de que inalienable constituye aquello *"que no se puede enajenar, ceder ni transferir"*[2]*; inherente: "que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto"; y esencial: "aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser*[3]*."*[4]

Así pues, dadas esas características de los derechos fundamentales constitucionales es que la protección constitucional especial de la tutela se dirige a solventar en forma inmediata y directa la situación de hecho que, por la actuación u omisión de las autoridades o en ciertos casos de un particular, genere una vulneración o amenaza de los mismos, a fin de permitir su ejercicio y restablecer el goce, en cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado social de derecho, como es el de *"...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"* (C.P., artículo 2).

Precisamente, la connotación esencial e inherente respecto del titular de los derechos fundamentales determina que sean las personas, naturales o jurídicas, estas últimas en ciertos casos, las únicas que, en consecuencia, se encuentran investidas de la potestad para ejercer dicha acción, por sí mismas, con el fin de obtener su defensa y salvaguarda constitucional ante una posible lesión o vulneración, o, excepcionalmente, por quien actúe en su nombre, bien sea a través de representante o mediante la gestión de un agente oficioso de derechos ajenos, cuando quiera que el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa (C.P., artículo 86 y D. 2591/91, artículo 10).

Así las cosas, el ejercicio de la garantía constitucional de la cual se viene haciendo alusión para la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, se deriva de la condición

---

[1] Ver la Sentencia T-02 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

[2] Definición del Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. Tomo II. Buenos Aires. 1986, pág. 286.

[3] Definiciones del Diccionario General Ilustrado de la lengua española "Vox". Editorial Bibliograf. Barcelona. 1967

[4] Sentencia T-02 de 1992, antes citada.

de sujetos de derechos y obligaciones, por la mera circunstancia de la existencia física y dado el derecho al reconocimiento de una personalidad jurídica (C.P., artículo 14); de manera que, *"Quien no tenga la condición de persona - natural o jurídica - propiamente hablando, no es sujeto de derechos fundamentales, ya que éstos son inherentes a la esencia personal, o manifiestan las tendencias naturales o fundamentales del sujeto de derecho."*[5]. Además, esa especie de subjetividad jurídica sólo estará vigente durante el transcurso de la respectiva vida o existencia jurídica de la respectiva persona.

De manera que, como lo establece el Código Civil Colombiano: *" La existencia de las personas termina con la muerte"* (artículo 94), y esto se refleja en dos aspectos, tanto el físico como el jurídico, de tal forma que, por el hecho del fallecimiento se pone fin a su personalidad y la persona deja de ser sujeto de derechos, presentándose respecto del conjunto de derechos de los cuales era titular, la posibilidad de transmitirlos a los herederos o legatarios.

No se puede perder de vista que, los derechos fundamentales por su naturaleza y finalidad, pertenecen a la categoría de los derechos extrapatrimoniales, en el sentido de que no integran el patrimonio económico de su titular al no ser cuantificables en dinero, sino que forman parte de los estrictamente personales, quedando intrínsecamente ligados a la persona por su esencia humana sin poder escindirse de ella, y constituyen el sustento mismo de su desarrollo, ya que, se reitera, reúnen las características de inalienables, inherentes y esenciales al ser humano.

Ese carácter personal de los derechos fundamentales ha sido reiterado por la Corte, de la siguiente manera:

> *"Los derechos fundamentales, en relación con las personas naturales, tienen el carácter de ser personales, es decir, del individuo como ser humano y, además, son principales, lo que nos lleva a manifestar que son unipersonales. Asimismo, el artículo 5o. de la Constitución, nos habla de que el Estado reconoce la primacía de los derechos* ***inalienables*** *de la persona. En consecuencia, los derechos constitucionales fundamentales no se debaten en la jurisdicción ordinaria, precisamente por ser la tutela el instrumento idóneo fijado por la Constitución para su amparo.*
>
> *No sobra indicar que esta Corte ha señalado insistentemente que las personas jurídicas también son titulares de ciertos derechos fundamentales, entre otros, el debido proceso, petición y la igualdad. (T-550 de 1995, M.P. Doctor Jorge Arango Mejía).*

Por consiguiente, la legitimidad que tiene el titular de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados de formular la respectiva acción de tutela, a fin de obtener su amparo y garantía, representa un requisito básico para hacer procedente el trámite de la misma, aún con el concurso de los representantes y agentes oficiosos que con idéntico fin actúan pero por circunstancias especiales derivadas de la voluntad del afectado en desarrollo de su interés de proteger sus derechos, como en el mandato con representación o en la representación legal de los hijos, o bien ante la imposibilidad misma de defenderse por el desamparo o la indefensión en que se pueda encontrar el interesado. Así, la presente salvaguarda de los derechos esenciales de las personas mantiene, en razón a sus elementos intrínsecos, un carácter eminentemente *"personal y concreto"*, como se puntualiza en seguida:

> *"(...) En consecuencia, si la acción de tutela es de carácter personal y concreto, y el titular es el agraviado o amenazado en uno de sus derechos, cada uno está en la obligación de intentar y promover su propia acción, salvo que se encuentre*

[5] Sentencia T-269 de 1993, M.P. Doctor Vladimiro Naranjo Mesa.

dentro de las circunstancias señaladas por el Decreto que le permitan ejercerla a través de representante, o bien por medio del Defensor del Pueblo o de un Personero Municipal. Hay que tener presente que los efectos de un fallo de tutela no son extensivos a otras personas no reclamantes, ni en él se pueden tomar decisiones generales, impersonales y abstractas. Ni siquiera es procedente la acción de tutela frente al agravio de derechos colectivos (Decreto 2591 de 1991, artículo 36).

Sobre el particular, conviene precisar que el Defensor del Pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. Podrán hacerlo también, por delegación expresa del Defensor del Pueblo, los personeros municipales y distritales en su calidad de defensores de la respectiva entidad territorial.

Desentrañando los principios en que se inspiró el Constituyente de 1991 para consagrar en nuestro ordenamiento jurídico la acción de tutela como instrumento de protección de los derechos, el Decreto 2591 de 1991 dispuso que la persona a quien se le han vulnerado o amenazado sus derechos podría actuar por sí misma, o por conducto de representante, caso en el cual, la ley presume la autenticidad del poder otorgado.

Con el mismo propósito, el legislador hace factible que se puedan agenciar derechos ajenos, siempre y cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. En este supuesto, deberá manifestarse al juez en la solicitud que la persona se encuentra en dificultades para acudir directamente a demandar la protección de su derecho.". (Sentencia T-044 de 1993, M.P. Doctor Jaime Sanín Greiffenstein).

Las anteriores afirmaciones adquieren relievancia en el asunto *sub examine,* pues el demandante pretende hacer valer la legitimación, de un lado, con fundamento en un poder que le confirió el señor Eduardo Lemaitre Vélez para promover su defensa en una querella policiva de lanzamiento por ocupación de hecho y, del otro, actuando en nombre propio, en calidad de agente oficioso, al no encontrarse su poderdante en condiciones de promover su propia defensa por haber fallecido, ejerciendo así la acción de tutela contra la resolución de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias D.T. y C. que había negado la oposición presentada en el respectivo proceso policivo, por desconocer los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de su representado o de sus sucesores, con la valoración de los hechos y pruebas allí presentados.

Al dar aplicación a los criterios expuestos, la Sala estima que, en el presente caso, no se dan los presupuestos propios de la agencia oficiosa en materia de tutela, pues el titular de los derechos pretendidos falleció con anterioridad al ejercicio de la acción, sin que existiera poder alguno de su parte, otorgado con anterioridad a dicho suceso o proveniente de sus herederos, para el cabal ejercicio de la correspondiente acción en la defensa de los derechos fundamentales invocados.

A lo anterior se agrega que, como ya se observó, la finalidad que persigue la acción de tutela es la de restablecer los derechos constitucionales conculcados, recuperando para su titular el goce efectivo o, así mismo, evitando se produzca su vulneración cuando se trata de una amenaza, cuya existencia física le permitirá al sujeto destinatario de las medidas de tutela, la protección de los consiguientes derechos solicitados. Así pues, el fallecimiento de la persona hace improcedente el amparo de los derechos por la vía tutelar, en relación con los derechos fundamentales que por su naturaleza son esenciales e inherentes a su condición humana.

Debe subrayarse que, la acción de tutela requiere de un uso razonable, lógico y concordante con la finalidad atribuída en la Carta Política de 1991; por tal motivo, no es posible legitimar la acción de quien invocando la calidad de apoderado en proceso diferente al de tutela o de agente oficioso, pretende obtener la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de su representado, cuando éste falleció con anterioridad, sin que sus presuntos herederos hubieren legitimado la correspondiente representación judicial.

Las consideraciones planteadas ponen en evidencia la circunstancia, según la cual, como el fallecimiento del titular de los derechos cuya protección se reclama ocurrió previamente a la formulación del mecanismo de amparo constitucional, sin su autorización o requerimiento, hay lugar a la improcedencia de la acción de tutela promovida a nombre de esa persona cuyo deceso se ha producido.

A lo anteriormente anotado, cabe precisar que en el presente asunto, existen otros medios de defensa judicial en lo concerniente a la restitución o reivindicación de la posesión pretendida, ya que además de que ésta no es materia de la acción de tutela, tampoco constituye un derecho fundamental objeto de amparo por esa vía, como ya lo estableció esta Corporación en los siguientes términos:

> *"El hecho de que una persona se comporte como señor y dueño de un bien, sea o no de su propiedad, lo reconoce la ley colombiana como generador de consecuencias jurídicas y lo protege bajo la denominación de posesión, en las normas del Título VII del Código Civil; pero, no es uno de los derechos consagrados por el Constituyente de 1991 como fundamental, así algún sector de los doctrinantes la hayan considerado como tal. La posesión, como la propiedad, goza de la garantía estipulada en el artículo 58 de la Carta Política; pero ello no es suficiente para que proceda la acción interpuesta.*
>
> *Si bien es cierto que en algunos casos se ha otorgado la tutela a quien reclama protección para su posesión (véase la Sentencia T-174 adoptada por esta Sala de Revisión el 5 de mayo de 1993), en ninguno de esos casos se tuteló la posesión misma, sino el derecho al debido proceso u otro de los fundamentales, con cuya violación indirectamente se afectaba a aquella. (Subraya fuera del texto que pertenece a la Sentencia T-172 de 1995, M.P. Doctor Carlos Gaviria Díaz).*

En consecuencia, las anteriores precisiones, adaptadas al proceso que se analiza, permiten concluir que la acción ejercida no está llamada a proceder, pues el interés jurídico que se alega frente a una eventual posesión, ubica la controversia en el ámbito de los derechos de orden legal y no constitucional, pudiendo ser reclamado para su reconocimiento y protección en una instancia judicial diferente.

Finalmente, se observa que tampoco es posible la identificación clara de los sucesores del causante, ni de la declaración de voluntad para asignar al demandante su representación judicial para que en nombre de aquellos pudiese promover la correspondiente acción de tutela, como lo exige perentoriamente el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Por consiguiente, no existe legitimación activa en la causa para el trámite de la presente acción de tutela en lo que atañe al señor Eduardo Lemaitre Vélez, por encontrarse este ya fallecido, ni respecto de sus sucesores, por una indebida representación, lo que imposibilita al juez de tutela para decidir sobre el amparo constitucional solicitado; tampoco se comprobó la violación de los derechos fundamentales de aquellos por estar directamente afectados en razón de los hechos materia del examen de tutela o por la decisión que, como resultado del

mismo, se llegare a adoptar dada la naturaleza de derecho legal y no fundamental de la posesión material, asunto objeto de discusión ante otra jurisdicción y mediante otros medios de defensa judicial.

Las anteriores consideraciones conducen a la Sala a revocar la sentencia materia de revisión proferida por el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Cartagena de Indias, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

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. REVOCAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Cartagena de Indias, el día 12 de diciembre de 1997 y, en consecuencia, negar el amparo solicitado por el señor Ricardo Ramón Tarra Sánchez.

Segundo. LIBRESE por Secretaría comunicación al Juzgado 5o. Civil del Circuito de Cartagena de Indias, con el objeto de que se surta la notificación de esta providencia, según lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO Magistrado

FABIO MORON DIAZ Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO Secretaria Genera

SENTENCIA T-258
mayo 27 de 1998

TUTELA CONTRA SENTENCIAS-Procedencia

PRINCIPIO DE UNIDAD PROCESAL-Efectos por la ruptura

Un proceso donde se presenta la ruptura de la unidad procesal, continúa tramitándose de manera independiente para cada uno de los diferentes sindicados u ofendidos vinculados al mismo. Así, las actuaciones que frente a un sindicado se produzcan, no afectan a otros que estaban siendo procesados en una misma actuación judicial. Lo mismo puede decirse de los diferentes ofendidos cuando por alguna razón se hubiere decretado la ruptura de la unidad procesal.

VIA DE HECHO POR JUEZ PENAL-Incompetencia por condena en perjuicio a tercero no llamado en demanda de parte civil

Referencia: Expediente T-151747.

Actor: Jesús María Gómez Tamayo.

Demandado: Juzgado Dieciséis Penal Municipal de Cali.

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali.

Temas: Acción de Tutela frente a sentencias. Efectos de la Ruptura de la Unidad Procesal.

Magistrado Ponente: Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Hernando Herrera Vergara, José Gregorio Hernández Galindo y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

La siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

A. HECHOS.

El Juzgado Dieciséis Penal Municipal de Cali avocó el conocimiento de un proceso que, por el presunto delito de lesiones personales en accidente de tránsito, se le siguió a Diego

Fernando Pino Vélez, y en donde figuraron en calidad de ofendidos, el señor Alfredo Montenegro Arias y la señora Blanca Aurora Restrepo.

En el curso del proceso, los ofendidos antes mencionados otorgaron poder especial al Doctor Carlos Alberto Montenegro con el objeto de presentar demandas de constitución de parte civil, las que fueron allegadas al proceso penal de manera independiente, una por cada uno de ellos, tal como se puede constatar en los folios 38 y 45 del expediente; y luego fueron admitidas por el funcionario competente.

En la demanda de constitución de parte civil de la señora Blanca Aurora Restrepo, se llamó a responder en calidad de tercero civilmente responsable por los perjuicios derivados del hecho punible, al señor Jesús María Gómez Tamayo, quien aparece como dueño del vehículo con el cual se produjeron las lesiones a los ofendidos. Es así como el señor Gómez Tamayo fue notificado de la admisión de la demanda a que se hace mención.

Es importante anotar que en la demanda de parte civil que se presentó a nombre de Alfredo Montenegro Arias, no se llamó a responder a ningún tercero civilmente responsable, por lo que el despacho sólo le notificó al señor Gómez Tamayo de la demanda de parte civil de la ofendida Blanca Aurora Restrepo.

Para dar por concluida la etapa de instrucción se determinó el cierre parcial de la investigación, y se generó una ruptura de la unidad procesal, ya que no estaban debidamente determinadas las consecuencias de las lesiones que se habían producido con el accidente de tránsito a la señora Restrepo. Como consecuencia de lo anterior, el proceso continuó en etapa de investigación para ella, mientras que para el ofendido Alfredo Montenegro el proceso pasó a etapa de juzgamiento.

Por último, en la sentencia proferida por el despacho demandado en tutela, y en la que se resolvió sobre las lesiones producidas al señor Alfredo Montenegro Arias por parte de Diego Fernando Pino V, se determinó condenar al señor Jesús María Gómez Tamayo en calidad de tercero civilmente responsable, al pago de los perjuicios morales, de manera solidaria con el sindicado. Lo anterior, tal como se desprende del numeral tercero de la sentencia, donde se resolvió:

"En los términos que se dejan plasmados, CONDENAR solidariamente tanto al mencionado Pino Vélez como al señor Jesús María Gómez Tamayo, vinculado como tercero civilmente responsable, en favor de la víctima Alfredo Montenegro Arias a pagar una suma equivalente en moneda nacional de seiscientos (600) gramos oro, como perjuicios morales derivados del hecho punible, teniendo en cuenta el valor del gramo oro al momento de esta sentencia."

B. CONTENIDO DE LA ACCION DE TUTELA.

El señor Jesús María Gómez Tamayo, por medio de apoderado, presentó demanda de tutela en contra del Juzgado Dieciséis Penal Municipal de Cali, por la presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa. Los argumentos que sustentan las afirmaciones del actor, pueden sintetizarse así:

En relación con la afectación al debido proceso, el demandante manifiesta que fue condenado a pagar de manera solidaria con el sindicado los perjuicios morales en favor del ofendido, no obstante que este último sujeto no lo había llamado a responder en garantía en su demanda de constitución de parte civil. En el escrito de tutela se afirma:

"En otras palabras, el señor Alfredo Montenegro Arias no pidió a su abogado demanda alguna contra mi representado en esta tutela, Jesús María Gómez Tamayo...".

Continúa diciendo el actor que cuando se produjo la notificación de la Resolución número 146, mediante la cual se admitió la demanda de constitución de parte civil de la señora Blanca Aurora Restrepo, no se le advirtió que tenía derecho a designar un abogado para que lo representara, lo que a juicio del demandante es una *"...violación flagrante de la ley procesal..."* Esta omisión de la instancia judicial, aduce el demandante, afecta también al derecho de defensa, pues: *"...su omisión conlleva la pretermisión del derecho a la defensa, toda vez que mi cliente es ignorante de las normas penales y civiles..."*.

Por último, considera el demandante un atentado contra el debido proceso el hecho de que el Juzgado accionado no le hubiera notificado el traslado a que se refiere el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, pues es ésta la oportunidad legal para solicitar pruebas.

Frente a la afectación al derecho de defensa, el actor manifiesta que las razones para tal afirmación radican en el hecho de que el despacho omitió la designación de apoderado judicial durante gran parte del proceso, pues el mismo, sólo se designó después de dos años de haberse vinculado al señor Jesús María Gómez T- como tercero civilmente responsable, faltando poco tiempo para la celebración de la Audiencia Pública y cambiando en varias oportunidades al representante legal, lo que impidió que éste realizara una adecuada intervención. Es entonces no sólo la tardía vinculación del defensor el motivo que lleva al demandante a proponer la tutela, sino también, la deficiente sustentación de argumentos en favor del señor Gómez Tamayo.

C. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, en sentencia proferida el 11 de noviembre de 1997, resolvió negar la acción de tutela presentada por el señor Jesús María Gómez Tamayo a través de su representante, el Doctor Wilson Pino Tangarife.

Para el despacho del conocimiento, fueron *"... flagrantemente desconocidos aquellos derechos fundamentales aducidos en la demanda, como vienen a serlo, en efecto, el relativo al debido proceso y a la prerrogativa a la defensa eficaz y oportuna, consagrados en le artículo 29 de la Carta Política..."*. No obstante las consideraciones mencionadas, el Juzgado no concede la tutela pues, en su juicio, no es procedente este mecanismo constitucional para subsanar la violación de los derechos fundamentales, cuando fueron afectados por una sentencia ya ejecutoriada. Lo anterior, con el propósito de mantener el principio de la cosa juzgada. Así expone el despacho el fundamento de la sentencia:

"Circunstancias de esta índole deberían ameritar la mediación de la tutela como mecanismo único que podría restaurar esos derechos desconocidos, bajo el entendido de que ésta, en verdad, fue ideada y entronizada por el Constituyente en el artículo 86 de la Constitución como una forma de protección para aquellos que habiendo sido agredidos injusta o arbitrariamente en sus "derechos" inalienables, no tienen otra forma, otra posibilidad, de obtener amparo. Desafortunadamente no es así, o al menos, la Honorable Corte Constitucional no lo vio así y en su sentencia C-543, suficientemente conocida, concluyó que en contra de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces no procedía la tutela."

Esta Providencia no fue impugnada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

A. COMPETENCIA.

La Corte Constitucional es competente para revisar el fallo proferido por el despacho demandado, según los artículos 86 y 241 de la Carta Política; y a la Sala Cuarta de Revisión

le corresponde proferir el fallo respectivo, de acuerdo con el reglamento interno y el auto de la Sala de Selección Número Uno del 20 de enero de 1998 (folios 68-73).

B. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS.

No desconoce la Corte Constitucional el contenido de la sentencia C-543 de 1992, por medio de la cual declaró inexequible el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991. Precisamente en ella se consideró que:

"Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones ***de hecho*** *imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual si está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8° del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia."*[1]

Considerando el aparte transcrito, y la reiterada posición de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe expresarse el desacuerdo de esta Sala de Revisión con la solución acogida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, puesto que procede la acción de tutela contra sentencias judiciales, cuando las mismas constituyen VIAS DE HECHO.

C. EFECTOS DE LA RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL.

El Código de Procedimiento Penal, en el artículo 88, establece el principio de la Unidad Procesal:

"***Art. 88.*** *Unidad Procesal. Por cada hecho punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales o legales.*"

Pero el artículo 90 del mismo estatuto establece los eventos en que procede la ruptura de la unidad procesal, y considera que uno de ellos es el fenómeno del cierre parcial de la investigación, tal como ocurrió en el proceso que se tramita.

Cabe entonces preguntar qué efectos trae consigo la ruptura de la unidad procesal y, de manera especial, cómo afecta al proceso que se revisa.

Para responder ordenadamente los interrogantes planteados, diremos en primer lugar que un proceso donde se presenta la ruptura de la unidad procesal, continúa tramitándose de manera independiente para cada uno de los diferentes sindicados u ofendidos vinculados al mismo.

Así, las actuaciones que frente a un sindicado se produzcan, no afectan a otros que estaban siendo procesados en una misma actuación judicial. Lo mismo puede decirse de los diferentes ofendidos cuando por alguna razón se hubiere decretado la ruptura de la unidad procesal[2]

---

[1] Sentencia C-543 de 1992. Corte Constitucional.

[2] " La principal consecuencia del rompimiento de la unidad procesal es la de que cada proceso continúa con un trámite independiente, y por tanto, el funcionario que conoce uno de ellos no puede tomar determinaciones que incidan en el otro. Si lo hace, estarían viciadas de nulidad por incompetencia." El Proceso Penal, Jaime Bemal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Se presentaron dentro del proceso penal dos demandas de constitución de parte civil, las que trajeron consigo efectos diferentes dentro del proceso, pues en una de ellas, propiamente la que presentó la señora Blanca Aurora Restrepo, se llamó a responder al señor Jesús María Gómez Tamayo en calidad de tercero civilmente responsable, mientras que en la demanda *presentada* por parte del señor Alfredo Montenegro Arias no se le llamó en tal calidad.

En este orden de ideas, una vez presentada la ruptura de la unidad procesal, y teniendo en cuenta los efectos que se derivan de cada una de las demandas de constitución de parte civil, puede concluirse que el Juzgado Dieciséis Penal Municipal de Cali no era competente para condenar solidariamente al pago de los perjuicios al tercero civilmente responsable, pues éste no había sido llamado a responder civilmente por los efectos del ilícito en el proceso en el que se le condenó.

Al haberse presentado el fenómeno de la ruptura de la unidad procesal, el juzgado no podía condenar a un sujeto con el cual no se había trabado la relación procesal, pues no había sido llamado al proceso por la parte a quien le correspondía hacerlo.

Por lo anterior, esta Sala de Revisión considera que se presentó una violación al derecho fundamental al debido proceso, pues se condenó en el caso del actor, a una persona a la que no se había vinculado debidamente al proceso, y ello constituye una vía de hecho, que se concretó en la sentencia condenatoria en contra del señor Gómez Tamayo.

Puesto que el delito es fuente de obligaciones, se prevé el ejercicio de la acción civil como instrumento para que el sujeto activo de dicha obligación pueda proceder al cobro de lo que, como consecuencia del hecho punible, se causó en materia de perjuicios.

Teniendo entonces como principio, que el ejercicio de la acción civil le corresponde al sujeto activo de la obligación derivada del delito, es claro que el funcionario judicial que conoce del proceso no es competente para adoptar decisiones que le corresponden única y exclusivamente a la parte civil, como el llamamiento al proceso del tercero civilmente responsable, potestad que es propia ofendido y se ejerce a través de una demanda de constitución de parte civil. Lo dicho, concuerda con las consideraciones del maestro Piero Calamandrei cuando manifiesta[3]:

"La calidad de parte se adquiere, con abstracción a toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho, de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de una demanda ante el juez: la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se la propone, adquieren sin más, por ese solo hecho la calidad de parte."

Así, cualquier desbordamiento en el ejercicio de la acción penal que pueda interferir en el ejercicio de los poderes que le son propios a otros sujetos procesales, constituye una nulidad por incompetencia, y una violación del debido proceso, una vía de hecho, puesto que el Juzgado demandado condenó a un sujeto al pago de perjuicios, como tercero civilmente responsable, cuando la parte civil no lo había llamado a responder.

Lo anterior, ya que el juez penal tiene competencia en relación con la acción civil, en la medida y dentro de los límites que fije la parte civil: si ésta no llamó a responder al actor, tampoco podía condenarlo.

---

[3] Derecho Procesal Civil. Piero Calamandrei. Tomo 2 Pag 298.

"La regla fundamental es que no se tiene jurisdicción sin acción; esto es, que la justicia no se mueve sino hay quien los solicite."[4]

III. DECISION.

En mérito de las consideraciones antecedentes, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali.

Segundo: En consecuencia, declarar la nulidad parcial del numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal de Cali, donde se condenó al demandante a pagar de manera solidaria con el sindicado, los perjuicios ocasionados por el hecho punible al señor Alfredo Montenegro Arias.

Tercero: Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, libérense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

[4] Derecho Procesal Civil. Piero Calamandrei. Tomo 1. Pág. 232.

SENTENCIA T-259
mayo 27 de 1998

EDUCACION EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Participación activa de alumnos

ALUMNO EN PROCESO EDUCATIVO-Participación activa

DOCENTE EN PROCESO EDUCATIVO-Nuevo modelo constitucional en su relación con los alumnos/**PROCESO EDUCATIVO**-Respeto mutuo entre maestro y alumno

El docente en el proceso educativo, y bajo el nuevo modelo consagrado por la Constitución Nacional, debe tener en cuenta que la relación alumno-maestro, no se basa en la autoridad que puede desplegar este último como depositario del saber, ni en su jerarquía de mando, sino en el respeto recíproco de dos sujetos con la misma posibilidad de manifestarse libremente, de expresar sus gustos y sus inclinaciones, siempre y cuando no se atente contra el derecho del otro, o contra el orden justo. En consecuencia, el alumno tiene, además de deberes, derechos que puede hacer valer en su proceso de formación, y que tienen que ser respetados por la institución educativa.

DERECHO DEL ALUMNO A LA AUTODETERMINACION/DERECHO DEL ALUMNO A UN TRATO DIGNO/PROCESO EDUCATIVO-Autoritarismo/**DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD**-Garantía por el educador

La dirección de la educación debe consultar la nueva posición del educando dentro del proceso de formación, de tal manera que le permita expresar su identidad, su temperamento, su individualidad, dentro del límite de los derechos de los demás y del orden implantado por la comunidad educativa. El no aceptar que el alumno exprese su individualidad, contraría el modelo de sociedad implantado por la Carta de 1991; una sociedad democrática, participativa y pluralista, cuyos principios deben orientar necesariamente la relación institución educativa-alumno, para así lograr la convivencia pacífica y el respeto de los derechos humanos. El autoritarismo, como actitud intransigente con el modo de vida del dirigido, es incompatible con el proceso educativo que se inspira en las libertades fundamentales, en el respeto por la diferencia, y en la comprensión de que el gusto y el estilo de vida del otro no tiene que coincidir con el mío en una sociedad pluralista; y es precisamente el educador quien debe, bajo dichos principios, ofrecer al alumno las condiciones necesarias para garantizarle su derecho al libre desarrollo de la personalidad y propiciar el respeto por su dignidad. Ello no implica que le esté prohibido al colegio fijar sus normas de conducta, o al docente manifestar sus opiniones; lo que sí está proscrito es que dichas normas o dichas opiniones restrinjan arbitraria e injustamente los derechos de los alumnos, desconociéndose así los valores sociales consagrados constitucionalmente.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Amonestación pública de alumno por uso de arete

El uso del arete no atenta contra los derechos de los docentes, ni de los demás alumnos. Si el maestro tiene objeciones sobre actitudes del alumno, asumidas en función del libre desarrollo de su personalidad, debe evaluarlas, junto con él, expresarle los que juzga fundamentos de su censura y escuchar las justificaciones del otro. Sólo en el caso de una conducta abiertamente transgresora del orden escolar o atentatoria de los derechos de los demás, sería procedente la pública amonestación en términos considerados y no desconceptuantes del educando. No sólo se coarta el derecho del menor a la autodeterminación, sino que constituye un trato degradante y viola el artículo 44 ibídem que garantiza a los menores protección contra toda forma de violencia moral.

ACCION DE TUTELA-Actuación de docente que desconoce derechos fundamentales de alumnos

Referencia: Expediente T-154208.

Acción de tutela en contra del Coordinador de disciplina del Colegio Madre Teresa Titos Garzón por una presunta vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor actor.

Temas: Participación activa del estudiante en el proceso de la educación.

Desconocimiento del derecho a la libre autodeterminación del alumno.

Inexistencia de otro medio de defensa judicial.

Actor: Juan Manuel Cristancho Hernández.[1]

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

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, éste último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

Procede a dictar sentencia en el proceso radicado bajo el número T-154208.

ANTECEDENTES

1. Hechos.

El señor David Mendoza, Coordinador de disciplina del colegio Madre Teresa Titos Garzón, en un ensayo para la ceremonia de entrega de banderas, al ver al peticionario -alumno del plantel-, con un arete puesto en la oreja izquierda, le dijo *"te ves muy lindo"* y agregó *"no te digo un refrán que me sé porque te ofendes"* -folio 1-.

[1] La Corte, en aplicación de la doctrina, reserva la identidad del actor, menor de edad, a fin de garantizar sus derechos y evitar que los hechos objeto de este pronunciamiento alcancen a provocar un daño mayor.

El menor se sorprendió porque el docente *"insinuó homosexualidad por parte mía frente a todos mis compañeros, es decir me hizo quedar en ridículo... Desde ese momento me sentí mal, sentí que estaba maltratando mi persona y además, por lo que yo sé, el castigo debe ser constructivo y no destructivo; considero además que él es un profesor de sociales y considero que él debe respetar las diferencias de pensamiento, porque si a él no le gusta usar un arete, no debía dirigirse a mí en esta forma, sino en una más decente".*

Agrega el actor que el Coordinador de disciplina está interfiriendo en su vida privada, y su deber es *"... respetar la integridad de mi persona y mi condición de varón... por cuanto yo sé que lo soy, pues la apariencia externa es lo de menos".*

El joven reprocha además, que el docente se hubiera dirigido a él en público porque ello da lugar a que sus compañeros se burlen de él; la observación que hizo el señor Coordinador de disciplina, según la demanda, debió hacerse en privado, como posteriormente lo hizo el docente, quien le insistió al actor que para evitarse molestias dejara de usar ese accesorio.

El peticionario solicita *"que se expulse al señor Coordinador de disciplina, pues si yo hubiera sido el causante, seguramente que a mí me hubieran expulsado sin consideración ninguna".*

2.Fallo de instancia.

Fue proferido por el Juez 28 Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá el 20 de noviembre de 1997.

Tal Despacho decidió negar la tutela solicitada porque, a su juicio, la manera en que el profesor se dirigió al joven, si bien no es la correcta, no puede ser calificada como una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales del actor.

Por último, el juez de instancia añade que el peticionario puede acudir a la vía administrativa *"y en caso de que ésta fuese infructuosa proceder a agotar las vías gubernativas incoando en contra del accionado el disciplinario correspondiente ante la autoridad respectiva, ya sea, Secretaría de Educación ó el mismo Ministerio".*

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo dictado por el Juez 28 Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá; y corresponde a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas proferir la sentencia, en virtud del reglamento interno y del auto proferido por la Sala de Selección Número Dos el 16 de febrero de 1998.

2. Participación activa del alumno en el proceso educativo

Sobre el papel asumido por los estudiantes bajo el nuevo modelo educativo implantado por la Constitución de 1991, esta Corporación[2] sostuvo que:

"En el Estado social de derecho, introducido parcialmente por algunas reformas a la Constitución de 1886 y proclamado y consolidado en la Constitución de 1991, el sujeto adquiere un nuevo sentido que determina nuevos tipos de relación con el Estado. La actitud pasiva, en defensa de su libertad, es reemplazada por una actitud dinámica y participativa. La intervención activa en los asuntos del gobierno por medio de los

[2] Sentencia T-524 de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón

mecanismos de participación popular se acompaña de una nueva ética civil fundada en la solidaridad y el respeto de los derechos fundamentales.

"Esta nueva concepción constitucional irradia también el ámbito social de la educación. Los sujetos que participan en el proceso educativo ya no se encuentran separados entre actores pasivos receptores de conocimiento y actores activos depositarios del saber. El principio constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la participación de la comunidad educativa, han hecho del estudiante un sujeto activo con deberes y derechos que toma parte en el proceso educativo.

"A diferencia de la Carta del 86, el sujeto del proceso educativo no es pasivo enteramente, sumiso, carente de toda iniciativa, marginado o ajeno a la toma de decisiones y al señalamiento de los rumbos fundamentales de su existencia.

"Es, por el contrario, titular privilegiado de una dignidad humana que prevale y condiciona el contenido del ordenamiento, así como también del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la educación, a la asociación, a la participación democrática".

Bajo la anterior consideración es necesario concluir que el docente en el proceso educativo, y bajo el nuevo modelo consagrado por la Constitución Nacional, debe tener en cuenta que la relación alumno-maestro, no se basa en la autoridad que puede desplegar éste último como depositario del saber, ni en su jerarquía de mando, sino en el respeto recíproco de dos sujetos con la misma posibilidad de manifestarse libremente, de expresar sus gustos y sus inclinaciones, siempre y cuando no se atente contra el derecho del otro, o contra el orden justo.

En consecuencia, el alumno tiene, además de deberes, derechos que puede hacer valer en su proceso de formación, y que tienen que ser respetados por la institución educativa. Es precisamente el derecho y deber de respeto mutuo el que exige el menor de su maestro, y por ello en la demanda manifiesta que si él se hubiera dirigido al Coordinador en los mismos términos que éste utilizó *"seguramente a mí me hubieran expulsado sin consideración alguna".*

3. Derecho del alumno a la autodeterminación y a recibir un trato digno.

En el caso examinado, el desconocimiento del derecho constitucional fundamental al libre desarrollo de la personalidad radica en que el profesor, a más de reprocharle al menor el uso del arete, comportamiento totalmente legítimo, formula su censura de manera y en lugar inapropiados.

En efecto, el Coordinador de disciplina, en un acto público y en presencia de varios estudiantes, se dirige al estudiante con esta expresión: *"te ves muy lindo"* y añade *"no te digo un refrán que me sé porque te ofendes".* Ante el reclamo del menor, y en privado, el señor David Mendoza le responde que debe quitarse ese accesorio para evitarse problemas.

Frente a esos hechos, debe recordarse que la dirección de la educación debe consultar la nueva posición del educando dentro del proceso de formación, de tal manera que le permita expresar su identidad, su temperamento, su individualidad, dentro del límite de los derechos de los demás y del orden implantado por la comunidad educativa.

El no aceptar que el alumno exprese su individualidad, contraría el modelo de sociedad implantado por la Carta de 1991; una sociedad democrática, participativa y pluralista -artículo 1° de la C.N., cuyos principios deben orientar necesariamente la relación institución educativa-alumno, para así lograr la convivencia pacífica y el respeto de los derechos humanos.

El autoritarismo, como actitud intransigente con el modo de vida del dirigido, es incompatible con el proceso educativo que se inspira en las libertades fundamentales, en el

respeto por la diferencia, y en la comprensión de que el gusto y el estilo de vida del otro no tiene que coincidir con el mío en una sociedad pluralista; y es precisamente el educador quien debe, bajo dichos principios, ofrecer al alumno las condiciones necesarias para garantizarle su derecho al libre desarrollo de la personalidad y propiciar el respeto por su dignidad.

Ello no implica que le esté prohibido al colegio fijar sus normas de conducta, o al docente manifestar sus opiniones; lo que sí está proscrito es que dichas normas o dichas opiniones restrinjan arbitraria e injustamente los derechos de los alumnos, desconociéndose así los valores sociales consagrados constitucionalmente.

El uso del arete no atenta contra los derechos de los docentes, ni de los demás alumnos; en cambio, la forma en que el coordinador se dirigió al menor sí vulnera el derecho de éste a expresar una manera de ser, de actuar bajo sus propios gustos. Si el maestro tiene objeciones sobre actitudes del alumno, asumidas en función del libre desarrollo de su personalidad, debe evaluarlas, junto con él, expresarle los que juzga fundamentos de su censura y escuchar las justificaciones del otro. Sólo en el caso de una conducta abiertamente transgresora del orden escolar o atentatoria de los derechos de los demás, sería procedente la pública amonestación en términos considerados y no desconceptuantes del educando. Pero la situación que se examina dista mucho de esos supuestos. Ella ejemplifica más bien la manera como no debe afrontarse la diferencia de gustos de personas que pertenecen a generaciones distintas y la intransigencia autoritaria de quien está llamado, por la tarea que tiene a su cargo, a dar testimonio de respeto y tolerancia por las opciones del otro.

El impedir el uso del arete y la utilización de expresiones tales como *"te ves muy lindo"* o el uso del refrán *"quien se deja abrir la oreja, se deja también abrir el culo"*, al que hizo alusión el Coordinador de disciplina, no sólo coarta el derecho del menor a la autodeterminación, sino que constituye un trato degradante -artículo 12 de la C.P., y viola el artículo 44 *ibidem* que garantiza a los menores protección contra toda forma de violencia moral, como sin duda lo es una censura como la que públicamente le formuló el maestro al alumno.

Para el menor el tratamiento recibido es indigno pues, según lo expresa, el docente le insinuó que era homosexual, *"y no debía dirigirse a mí en esa forma, sino en una más decente; al portarse así delante de mis compañeros, está autorizando a éstos a que se comporten de la misma forma y me hagan la burla respectiva."*

En consecuencia, para la Corte es claro que el trato recibido por el menor es contrario a los derechos fundamentales consagrados en su favor, por lo que procederá a revocar la decisión de instancia y prevendrá, en los términos del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, al Coordinador de disciplina y maestro para que en el futuro se abstenga de incurrir en la conducta que aquí se examina.

4. Inexistencia del otro medio de defensa judicial

Para el Juez 28 Civil Municipal de Bogotá, la existencia de vías administrativas y disciplinarias hace que la protección por esta vía sea improcedente. En relación con dicho argumento es necesario precisar que esta Corporación ha venido sosteniendo que la vías administrativas y disciplinarias no son medios judiciales alternos, que desplacen este recurso.

Ahora bien: no sólo por esta circunstancia el peticionario no cuenta con otro mecanismo de defensa, sino porque temas como el aquí analizado, consistente en determinar si la actuación de un docente implica el desconocimiento del derecho a la autodeterminación y a recibir un trato digno que tiene el alumno, son competencia del juez constitucional.

A propósito, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas[3] *sostuvo que:*

"la Corte, empero, encuentra necesario hacer la siguiente precisión: cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluídos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se suplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias.

En los casos en los que, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela, por las razones anotadas, resulte prevalente, el juez de tutela podrá señalar en su fallo, la libertad del actor para acudir al otro medio de defensa del derecho, a fin de reclamar la responsabilidad en que ya haya incurrido quien lo violó o amenazó".

DECISION

En mérito de las consideraciones antecedentes, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia el día 20 de noviembre de 1997 por el Juez 28 Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá y, en su lugar, proteger los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a recibir un trato digno del actor.

Segundo. PREVENIR, en los términos del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, al señor David Mendoza, Coordinador de Disciplina del Colegio Madre Teresa Titos Garzón, para que no vuelva a incurrir en la conducta que dio lugar a la iniciación del presente proceso.

Tercero. COMUNICAR esta sentencia al Juzgado 28 Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, para los fines contemplados 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 GRERGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
–Con aclaración de voto–

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
–Con salvamento de voto–

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

[3] Sentencia T-100 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA T-259
mayo 27 de 1998

MANUAL DE CONVIVENCIA-Cumplimiento respecto a presentación personal
(Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-154208.

No es el caso de salvar el voto, por cuanto coincido plenamente con la decisión adoptada, que consiste en tutelar los derechos del estudiante, específicamente respecto de su dignidad, groseramente ofendida por el profesor en términos que de ninguna manera se compadecen con la función educativa propia de la actividad docente.

Al respecto, ya la Corte había sostenido, con ponencia del suscrito Magistrado:

> *"Obviamente, el texto del Manual de Convivencia no puede establecer reglas ni compromisos contrarios a la Constitución Política, ni imponer al alumno obligaciones desproporcionadas o contrarias a la razón, ni a la dignidad esencial de la persona humana.*
>
> *De la misma manera, los educadores que tengan a su cargo exigir cotidianamente al alumnado el cumplimiento de los requisitos plasmados en el Manual, deben obrar de modo razonable y adecuado a las finalidades formativas de la regla exigida, sin ofender la dignidad de las personas confiadas a su orientación. El insulto, la humillación, el escarnio o el castigo brutal son métodos reprobados por la Constitución Política en cuanto lesivos de la integridad de los estudiantes y contrarios al objeto de la función educativa. La persuasión, la sanción razonable y mesurada, la crítica constructiva, el estímulo y el ejemplo son formas idóneas de alcanzar el respeto a la disciplina y la imposición del orden que la comunidad estudiantil requiere". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-366 del 6 de agosto de 1997).*

No obstante, dejo en claro que, en mi criterio, el mérito de la tutela concedida es el expuesto y no el del libre desarrollo de la personalidad del alumno, en torno al cual sigo pensando lo dicho en el mismo fallo que se cita:

> *"Dar pie a la absoluta indolencia de directivos y maestros escolares frente al manifiesto descuido del niño o del joven en algo tan esencial como la presentación personal, sería frustrar uno de los elementos básicos de la tarea educativa y propiciar la desfiguración de la personalidad, so pretexto de su libre desarrollo.*
>
> *Con mayor razón, la exigibilidad de esas reglas mínimas al alumno resulta acorde con sus propios derechos y perfectamente legítima cuando se encuentra expresamente consignada en el Manual de Convivencia que él y sus acudientes, de una*

parte, y las directivas del respectivo Colegio, por la otra, firman al momento de establecer la vinculación educativa. Nadie obliga al aspirante a suscribir ese documento, así como nadie puede forzarlo a ingresar al plantel, pero lo que sí se le puede exigir, inclusive mediante razonables sanciones, es que cumpla sus cláusulas una vez han entrado en vigor.

Según la doctrina sentada por esta Corporación, el derecho a la educación "ofrece un doble aspecto", es decir, no sólo confiere prerrogativas en favor del estudiante, sino que además debe éste cumplir los deberes y obligaciones que señala el Manual de Convivencia (Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-002, T-493 de 1992; T-314 de 1994 y 043 de 1997, entre otras)".

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA T-259
mayo 27 de 1998

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Limitaciones impuestas por los derechos de los demás (Salvamento parcial de voto)

PROCESO EDUCATIVO-Derechos y deberes de los estudiantes (Salvamento parcial de voto)

REGLAMENTO EDUCATIVO-Cumplimiento por los estudiantes/**DERECHO A LA EDUCACION**-Deberes del estudiante (Salvamento parcial de voto)

MANUAL DE CONVIVENCIA-Cumplimiento respecto a presentación personal (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente T-154208.

Acción de tutela en contra del Coordinador de Disciplina del Colegio Madre Teresa Titos Gazón por una presunta vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor actor.

Temas: Participación activa del estudiante en el proceso de la educación.

Desconocimiento del derecho a la libre autodeterminación del alumno.

Inexistencia de otro medio de defensa judicial.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Con mí acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, el suscrito Magistrado formuló en su oportunidad salvamento de voto parcial, en relación con la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, por las razones que a continuación se exponen:

Comparto la decisión contenida en el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo y de las razones que se expresan en el mismo, solamente en lo concerniente a la prevención que se hace al Coordinador de Disciplina del colegio Madre Teresa Titos Garzón, para que no vuelva a incurrir en la conducta que dio lugar a la iniciación del proceso.

Empero, lo que no puedo compartir es que so pretexto de dicha decisión se proteja el derecho al libre desarrollo de la personalidad del demandante, contenida en el numeral primero de la parte resolutiva de la mencionada sentencia y se sustente dicho pronunciamiento con razonamientos que a mi juicio no están acordes con el ordenamiento jurídico superior, con los manuales educativos de disciplina y con la jurisprudencia de la corporación sobre la materia.

En efecto, en la sentencia de la cual me separo, en los términos indicados, se señala que, el uso del arete en la oreja izquierda por un alumno del plantel educativo, colocado dentro de un acto público relacionado con el ensayo para la ceremonia de entrega de banderas, "es un comportamiento totalmente legítimo".

Agrega la mencionada providencia que es precisamente el educador quien debe ofrecer al alumno las condiciones necesarias para garantizarle su derecho al libre desarrollo de la personalidad y propiciar el respeto por su dignidad.

Igualmente se afirma en el referido fallo que, "el uso del arete no atenta contra los derechos de los docentes, ni de los demás alumnos", de manera que el impedir el uso del arete coarta el derecho del menor a la autodeterminación y constituye un trato degradante.

El suscrito Magistrado está de acuerdo en que el trato recibido por el menor en el caso *sub examine*, es contrario a los derechos fundamentales consagrados en su favor, debido a la forma como el Coordinador de disciplina del mencionado plantel educativo se dirigió a aquel, exhibiéndolo en público por el uso del arete, dentro de la ceremonia efectuada, y por ello, es procedente la prevención que se ordena, ya que si el maestro tenía objeciones sobre dicha actitud, ha debido evaluarlas junto con él en lugar apropiado y desde luego oír sus explicaciones, previamente a cualquier determinación razonable de carácter disciplinario.

Pero de ello, a considerar que el uso del arete en un acto público no atenta contra los derechos de los demás alumnos, ni de los docentes, que se consigna en la referida sentencia, como una apreciación y sin respaldo probatorio alguno, implica en la práctica el reconocimiento de su utilización en forma indiscriminada y en función del libre desarrollo de la personalidad, lo cual, precisamente, no guarda relación con las limitaciones que imponen los derechos de los demás, consagradas en el ordenamiento superior.

Una cosa es el respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política (intimidad, buen nombre, honra, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana) que aunque deben estar garantizados, no tienen el carácter de absolutos, y otra, los límites derivados de los derechos de los demás y del orden jurídico, dentro del principio constitucional de la prevalencia del interés general sobre el particular.

Es bien sabido que, conforme al artículo 16 constitucional, "todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

Dentro del concepto del Estado social de derecho regulado en la Carta Fundamental, resulta claro que su desenvolvimiento debe estar enmarcado dentro de unas reglas claras y justas, pues de lo contrario se propiciaría la anarquía como una situación que atenta contra el orden jurídico.

Por ello se ha expresado con meridiana claridad que, "el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la participación de la comunidad educativa, han hecho del estudiante un sujeto activo con **deberes y derechos** que toma parte en el proceso educativo" (Sentencia T-524/92. Se subraya).

Constituyendo la educación un derecho fundamental de la persona, ella exige de ésta el cumplimiento de determinados deberes y obligaciones. Así pues, el estudiante debe cumplir con los reglamentos académicos y los requisitos exigidos en los años de escolaridad. De ahí que, en la Sentencia T-569/94, esta Corte, con ponencia de quien suscribe el presente salvamento de voto, expresó lo siguiente:

"Para esta Corporación ha sido claro, como se observa en la precitada sentencia, que la educación como derecho fundamental conlleva deberes del estudiante, uno de los cuales es someterse y cumplir el reglamento o las normas de comportamiento establecidas por el plantel educativo a que está vinculado. Su inobservancia permite a las autoridades escolares tomar

las decisiones que correspondan, siempre que se observe y respete el debido proceso del estudiante, para corregir situaciones que estén por fuera de la Constitución, de la ley y del ordenamiento interno del ente educativo. Sobre el particular, en el pasado la Corte Constitucional ha dicho:

"La Corte estima pertinentes observar que, si bien la educación es un derecho fundamental y el estudiante debe tener la posibilidad de permanecer vinculado al plantel hasta la culminación de sus estudios, de allí no puede colegirse que el centro docente esté obligado a mantener indefinidamente entre sus discípulos a quien de manera constante y reiterada desconoce las directrices disciplinarias y quebranta el orden impuesto por el reglamento educativo, ya que semejantes conductas, además de constituir incumplimiento de los deberes ya resaltados como inherentes a la relación que el estudiante establece con la institución en que se forma, representan abuso del derecho en cuanto causan perjuicio a la comunidad educativa e impiden al Colegio alcanzar los fines que le son propios".

El criterio del derecho-deber, ha sido reiterado por la Corporación, de la siguiente manera:

"Considera la Corte que quien se matricula en un centro educativo con el objeto de ejercer el derecho constitucional fundamental que lo ampara, contrae por ese mismo hecho obligaciones que debe cumplir, de tal manera que no puede invocar el mentado derecho para excusar las infracciones en que incurra. Por ello, si reclama protección mediante la acción de tutela, alegando que el plantel desconoce las garantías constitucionales al aplicarle una sanción, es imperioso que el juez verifique tanto los actos ejecutados por las autoridades del centro educativo como la conducta observada por el estudiante, a objeto de adoptar una decisión verdaderamente justa en cuya virtud no se permita el quebrantamiento de los derechos constitucionales del educando pero tampoco e favorezca la irresponsabilidad de éste".

"En el caso presente la Corte ha realizado un detenido estudio acerca de la situación que rodea el proceso y ha encontrado una serie de comportamientos del estudiante que van en contra del reglamento de la institución denominado "Manual de Convivencia", como vestirse con tacones, llegar maquillado al Colegio, etc., y además dejó de asistir a clases de manera injustificada. Esta Sala de Revisión es enfática en señalar que el deber de los estudiantes radica, desde el punto de vista disciplinario, en respetar el reglamento y las buenas costumbres, y en el caso particular se destaca la obligación de mantener las normas de presentación establecidas por el Colegio, así como los horarios de entrada, de clases, de recreo y de salida, y el debido comportamiento y respeto por sus profesores y compañeros. El hecho de que el menor haya tenido un aceptable rendimiento académico no lo exime del cumplimiento de sus deberes de alumno." (Lo subrayado es fuera del texto)

Por lo anterior, considero que, en el caso *sub examine,* para los efectos de conceder la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor estudiante, ha debido examinarse previamente, si la conducta observada por el mismo, con el uso del arete en lugar público del establecimiento educativo se apartaba o no del reglamento y de las normas de comportamiento social a las cuales se había sometido, desde su ingreso al colegio.

Pero al señalarse en la sentencia de la cual me aparto, -so pretexto de la prevención al Coordinador de Disciplina, por las razones anotadas- que, al impedirse al estudiante el uso del arete se "coarta el derecho del menor a la autodeterminación", y al reconocerse que su utilización no atenta contra los derechos de los demás alumnos, no solamente se contradicen los reiterados pronunciamientos de la Corporación sobre la materia, sino que, igualmente, se desconocen

los reglamentos y las normas establecidas en los manuales educativos de disciplina relacionadas con el adecuado comportamiento social y escolar encaminadas a la cabal formación de los estudiantes.

Con ese mismo criterio, un estudiante invocando el libre desarrollo de su personalidad podría presentarse al establecimiento educativo utilizando prendas que no guardan armonía con las buenas costumbres y el adecuado comportamiento social, como el uso de tacones a la moda unisexo, maquillado y demás actitudes reprobables en contra de las condiciones normales y sanas del ambiente escolar, transgrediendo el manual de disciplina, el derecho de sus condiscípulos y el propio de su intimidad.

La Corte ha sido enfática al proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero también ha señalado que este tiene limitaciones, dentro de las cuales se encuentran los derechos de los demás y las normas que rigen las actividades de los establecimientos educativos, de manera que si las conductas invaden la órbita de los derechos de las demás personas que rodean al individuo, e inclusive si sus actos no se ajustan a los preceptos de comportamiento social y escolar, aquellos no pueden admitirse ni tolerarse, como sucede en el presente caso, razón por la cual no ha debido protegerse dicho derecho admitiendo en la sentencia materia de revisión, como un comportamiento legítimo, el uso de arete en la oreja izquierda en actos públicos estudiantiles.

Lo anterior desde luego, no conduce a enjuiciar en ningún momento la situación personal del alumno, producto del libre desarrollo de la personalidad o del derecho a su intimidad, sino más bien el comportamiento en público en el plantel educativo, susceptible de alterar la disciplina del colegio, en detrimento del manual de convivencia que rige las actividades docentes del mismo.

Santa Fe de Bogotá, 3 de junio de 1998

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

SENTENCIA T-260
mayo 27 de 1998

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud no es fundamental y, en principio, no es amparable por vía de tutela. Sin embargo, también ha sostenido que este derecho puede ser objeto de amparo constitucional, cuando su vulneración o amenaza signifiquen vulneración o amenaza para un derecho constitucional de carácter fundamental, generalmente los derechos a la vida y a la integridad personal.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Certeza sobre amenaza o violación

ACCION DE TUTELA-Protección preventiva y no solamente en caso de gravedad/
DERECHOS FUNDAMENTALES-Protección preventiva y no sólo en caso de gravedad

DERECHO A LA SALUD-Protección preventiva y no solamente en caso de gravedad

Existe necesidad de tutelar el derecho a la salud, cuando haya certeza sobre la vulneración o amenaza de derechos constitucionales con carácter fundamental en cualquier grado y no solamente cuando la vulneración o amenaza de tales derechos sea muy grave; es decir, no debe esperarse a estar al borde de una negación completa de los derechos vinculados con el derecho a la salud, para que su tutela proceda.

DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS

El derecho a la vida no significa una posibilidad simple de existencia, cualquiera que sea, sino, por el contrario, una existencia en condiciones dignas y cuya negación es, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida.

DERECHO A LA SALUD-Retraso de cirugía para recobrar visión

DERECHO A LA SALUD-Práctica de cirugía de cataratas

Referencia: Expediente T-156042.

Actor: Luis Eduardo Sánchez.

Magistrados Dr. FABIO MORON DIAZ (Ponente), VLADIMIRO NARANJO MESA Y CARMENZA ISAZA DE GOMEZ.

Santa Fe de Bogotá D. C., mayo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, el ciudadano Luis Eduardo Sánchez solicita la protección de su derecho constitucional a la salud, cuya vulneración endilga a la Entidad Promotora de Salud Caprecom E.P.S.

Señala el demandante en su libelo que es pensionado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom y afiliado a Caprecom, entidad que se encarga de pagar sus mesadas pensionales y atender los requerimientos de su salud, prestaciones por las cuales le son descontados de su pensión, mensualmente, cerca de ochenta y seis mil pesos.

Agrega en el escrito de tutela que el 13 de agosto de 1997, un oftalmólogo de Caprecom le ordenó la práctica de varios exámenes prequirúrgicos -biometría O.D. y valoración cardiopulmonar, entre otros-, para determinar la viabilidad de una cirugía de cataratas en uno de sus ojos; además, el 5 de noviembre del mismo año, se le ordenó la práctica de una prueba de esfuerzo por ser un paciente "coronario" con antecedentes de angioplastia, pero ni los exámenes prequirúrgicos, ni la prueba de esfuerzo y mucho menos la cirugía le han sido practicados, pues Caprecom ha incumplido, dice el actor, los contratos celebrados con las distintas entidades que le prestan los servicios necesarios para la práctica de los mismos.

Extrañado por dicha situación, Luis Eduardo Sánchez se acercó a las instalaciones de Caprecom, en donde le informaron que no había manera de llevar a cabo las órdenes de sus médicos tratantes y que la única forma de hacerlo era que él asumiera inicialmente los costos que ellas demandaran y, posteriormente, esperara el reembolso a que hubiera lugar.

Advierte el demandante que su situación económica no le permite sufragar tales gastos y al ver amenazado su derecho constitucional a la salud, solicita al juez de tutela *"ordenar a Caprecom Bucaramanga la inmediata intervención quirúrgica"*, en vista de que la enfermedad que padece *"ya fue determinada por médicos especialistas, considerándome como un paciente de alto riesgo, quedando solo en espera a la práctica de las operaciones, ya que en forma constante y diaria sufro los efectos de las citadas enfermedades"*.

II. LA DECISION DE INSTANCIA.

Luego de admitir la acción de tutela y practicar las pruebas conducentes a la comprobación de los hechos narrados por el actor, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Bucaramanga, en fallo del dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y siete, resolvió denegar la tutela impetrada por el señor Luis Eduardo Sánchez, argumentando que su salud y su vida no se encuentran en peligro, pues Caprecom ha puesto a su alcance los medios necesarios para la práctica de los exámenes previos a la cirugía, quedando solamente pendiente el señalamiento de la fecha en que ésta va a realizarse, teniendo en cuenta que, según las declaraciones rendidas al despacho por los médicos especialistas, la operación puede tardar aproximadamente sesenta días sin riesgo alguno para la salud visual del paciente. Luego, concluye el *a quo*, la cirugía no se requiere inmediatamente; no es urgente.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Primera. **La Competencia.**

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para pronunciarse en el asunto de la referencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política, y los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, habiendo sido seleccionado por la Sala correspondiente y repartido al Magistrado Sustanciador, de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

Segunda. **La Materia.**

El objetivo de la presente acción de tutela es que el juez de constitucionalidad ampare el derecho a la salud del demandante, a través de una orden concreta dirigida a la entidad encargada

de la seguridad social en salud de los pensionados de Telecom, Caprecom, para que le sean practicados unos exámenes previos a la cirugía de su ojo derecho, el cual adolece de cataratas y, sobre todo, la intervención quirúrgica, ordenada y recomendada ya por los galenos contratistas de la entidad de previsión social demandada.

1. **La tutela del derecho a la salud y el caso concreto**

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud no es fundamental y, en principio, no es amparable por vía de tutela. Sin embargo, también ha sostenido que este derecho puede ser objeto de amparo constitucional, cuando su vulneración o amenaza signifiquen vulneración o amenaza para un derecho constitucional de carácter fundamental, generalmente los derechos a la vida (artículo 11 superior) y a la integridad personal (artículo 12 *ibidem*).

A juicio de la Corte, para que proceda la tutela en el caso señalado, es necesario que haya certeza sobre el quebrantamiento de derechos fundamentales por la violación o amenaza del derecho a la salud y no una mera hipótesis de ello. Pero esta circunstancia no debe entenderse, tal y como equivocadamente lo supone el *a quo* en su fallo, en el sentido de que la tutela en estos casos solo es procedente cuando se está al borde de la negación rotunda de los derechos fundamentales comprometidos: en el caso del derecho a la vida, cuando se está en peligro de muerte exclusivamente y, en el evento del derecho a la integridad personal, única y exclusivamente cuando se está en peligro inminente de perder un miembro o de alteración grave e irreversible de una función; estima la Sala que pretender tal cosa sería negar por completo el objetivo médico, que consiste en la recuperación u obtención de la salud, esto último cuando aquélla jamás se ha tenido; y no solamente el objetivo médico, sino también una de las funciones primordiales de la medicina y del sistema de salud colombiano en general, cual es la de prevenir las enfermedades y, ante todo, la muerte.

En oportunidad anterior, esta misma Sala de Revisión, en un caso análogo, restó validez a la idea de que la tutela del derecho a la salud solo es procedente cuando hay peligro de muerte, como lo afirma el *a quo*, equivocadamente. En efecto, la Corporación considera en esa providencia que tal estado debe prevenirse a toda costa. Sobre el tema de la asignación de citas médicas en instituciones de salud, manifestó la Sala que:

> *"no se trata solamente de poder recomendar al usuario hacer uso de los servicios de urgencias cuando se encuentre en "una crisis aguda", lo cual constituye indudablemente un atentado contra la posibilidad de prevenir ese lamentable estado, sino de otorgar citas médicas atendiendo a criterios de evaluación del estado de gravedad o de debilidad de los pacientes y a la posibilidad de agravación de los mismos. Así, no sería raro y menos inconstitucional que los enfermos más graves, aunque hubiesen solicitado atención con posterioridad, fuesen valorados antes que los demás, sin necesidad de que lleguen al filo de la muerte para, no poder, sino tener que entrar por urgencias"*[1].

Tal consideración, aplicada al presente caso, informa sobre la necesidad de tutelar el derecho a la salud, cuando haya certeza sobre la vulneración o amenaza de derechos constitucionales con carácter fundamental en cualquier grado y no solamente cuando la vulneración o amenaza de tales derechos sea muy grave; es decir, no debe esperarse, se repite, a estar al borde de una negación completa de los derechos vinculados con el derecho a la salud, para que su tutela proceda. Es equivocado, entonces, el planteamiento del juez de primera

[1] Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, sentencia T-347 de 1996, M.P. Julio César Ortíz Gutiérrez.

instancia según el cual, como la visión del demandante no está en peligro de perderse, debe denegarse el amparo constitucional solicitado. Sería tanto como esperar a que un enfermo demuestre que está al borde de la muerte para que el juez de tutela tome cartas en el asunto, cuando lo natural y obvio dentro del campo de la medicina es evitar llegar a tan terrible estado.

Ahora bien, el derecho a la vida no significa una posibilidad simple de existencia, cualquiera que sea, sino, por el contrario, una existencia en condiciones dignas y cuya negación es, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida.

Por otra parte, del acervo probatorio del expediente se desprende la demora en la práctica de los exámenes prequirúrgicos y, por ende, de la cirugía solicitada por el demandante, debido al incumplimiento de Caprecom para con las instituciones que le prestan los servicios necesarios para ello, incumplimiento que a juicio de la Sala, en manera alguna puede afectar al demandante y menos teniendo en cuenta los derechos fundamentales a la vida y la integridad personal, los cuales prevalecen sobre los intereses puramente económicos de las entidades prestadoras de tales servicios, en cuya razón es viable afirmar que, en este punto, las instituciones contratistas de Caprecom también tienen que ver con la violación de sus derechos, en tanto que permitieron la prolongación del sufrimiento de Luis Eduardo Sánchez; o por lo menos, faltaron al deber de solidaridad previsto en el artículo 95 de la Constitución.

Contrario al presupuesto del cual partió el juez de instancia, a juicio de la Sala, si bien no había peligro de muerte para el paciente, ni posibilidad de pérdida completa e irreversible de la visión, la verdad es que él lleva bastante tiempo con una molestia en sus ojos, desde el mes de agosto de 1997 cuando se le recomendó la operación, hasta el mes de noviembre del mismo año cuando, cumplidas más de las gestiones necesarias ante Caprecom, decidió iniciar la presente acción de tutela; molestia que hace a tal punto defectuosa su visión que, como lo afirmó su oftalmólogo en la declaración rendida ante el *a quo*, *"el paciente debe ser operado de su ojo derecho en un tiempo no mayor de treinta días y el ojo izquierdo en cuarenta y cinco días a partir de la fecha, dada la gran limitación visual que presenta por las cataratas en ambos ojos"*[2], limitación que, según el mismo galeno, altera seriamente sus actividades normales[3].

¿Qué más violación del derecho a la vida necesita el juez de instancia para conceder la presente tutela? En la segunda acepción del derecho a la vida, es decir, no entendiéndolo como una mera existencia, sino como una existencia digna, tal garantía constitucional fue efectivamente vulnerada con la omisión de Caprecom, pues la cirugía requerida para recobrar la visión normal ha sido retrasada de manera injustificada, a juicio de la Sala, por las razones arriba anotadas; o sea, porque el incumplimiento de Caprecom para con sus contratistas, se repite, fue soportado por el demandante a quien, no obstante, mensualmente se le descuenta cerca de ochenta y seis mil pesos de su pensión por concepto de los servicios que no recibe.

Ahora bien, a juicio de la Corte, la demora en la práctica de los exámenes prequirúrgicos y la cirugía al demandante lo ubica en una situación que le impide desarrollarse como una persona digna y, como los derechos a la vida, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, entre otras acepciones, implican en un Estado social de derecho, la negación de seudopersonas o subpersonas que puedan vivir sin la posibilidad que otras tienen de desarro-

---

[2] Folio 26 del expediente.

[3] Idem.

llarse plenamente en la sociedad y, peor aún, por simples razones económicas, como en este caso; por lo tanto, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, que debió amparar el derecho a la salud invocado, evitando que se continúe vulnerando los derechos fundamentales antes enunciados del demandante.

2. Todos los exámenes prequirúrgicos requeridos por el demandante le fueron practicados.

Por auto del 10 de marzo del año en curso, este Despacho ordenó la práctica de las pruebas conducentes a la comprobación de los supuestos de hecho narrados por el actor y examinados por el *a quo*, cumplidas las cuales se pudo establecer lo enunciado en este subtítulo.

Efectivamente, el oficio enviado por Caprecom el 19 de marzo de 1998 y sus anexos, dan cuenta de que a Luis Eduardo Sánchez le fueron practicados los siguientes exámenes médicos:

a) Biometría, llevada a cabo por el Doctor José Gabriel Bareño el 2 de diciembre de 1997 (folios 65 y 76 del expediente).

b) Prueba de esfuerzo, efectuada por el Doctor Cadena en la Unidad Cardiovascular de Bucaramanga, el 11 de diciembre de 1997 (folios 68 y 71 del expediente).

c) Estudio Hemodinámico, cumplido el 20 de febrero de 1998 por el Doctor Leman Corpus Rodríguez, en la misma unidad cardiovascular (folio 69 del expediente).

d) Prueba de aptitud para cirugía, practicada por el Doctor Leman Corpus Rodríguez el 18 de marzo de 1998 (folio 67 del expediente).

Para la Sala resulta relievante el hecho de que el paciente se encuentra en condiciones de ser operado porque así lo acepta la misma entidad demandada, la cual en el oficio citado, informa que *"el paciente es apto para cirugía y el día 18 de marzo se le expiden órdenes para programar cirugía de cataratas al Doctor Pedro Luis Cárdenas, quien realizará este procedimiento en la Fundación Oftalmológica de Santander"*.

Luego, en el momento de pronunciarse esta Sala de Revisión sobre los exámenes solicitados por el demandante, carece de objeto la tutela en cuanto a la primera pretensión del libelo, pues ellos ya le fueron practicados.

3. No existe prueba de que la cirugía se le haya practicado al demandante, sino solamente de que la etapa prequirúrgica está completa y de que Caprecom está dispuesta a ordenar la operación.

La parte citada del oficio enviado por Caprecom con destino a esta Sala de Revisión, indica que el paciente es apto para ser intervenido quirúrgicamente y que se expedirán las correspondientes órdenes para que se fije la fecha de la operación; sin embargo, no existe certeza de que la cirugía se haya programado y menos de que se haya practicado, lo cual, a juicio de la Sala y de los mismos médicos de Caprecom, ya debió suceder, teniendo en cuenta que su recomendación fue una espera de sesenta días contados a partir del 10 de diciembre de 1997[4].

Entonces y solo para cuanto interesa a la práctica de la cirugía, el objeto de la tutela permanece. Luego, en la parte resolutiva de la presente providencia, se ordenará que dicha intervención se lleve a cabo dentro de los 15 días calendario siguientes a su notificación, siempre y cuando ello aún no haya sucedido, teniendo en cuenta la recomendación de los médicos tratantes.

---

[4] Declaración del médico José Gabriel Bareño Caicedo ante el *a quo*, en la cual manifiesta que la cirugía no se requiere inmediatamente para la salud visual del demandante, pero es recomendable practicarla dentro de sesenta días.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia pronunciada dentro del presente asunto por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Bucaramanga, el 16 de diciembre de 1997 y por medio de la cual se DENEGO el amparo constitucional solicitado por Luis Eduardo Sánchez, pero **declarar la carencia actual de objeto** para la acción por él intentada, de acuerdo con la parte motiva de la presente providencia y solo en cuanto a la práctica de los exámenes prequirúrgicos.

Segundo. CONCEDER la tutela del derecho a la salud del demandante para proteger su derecho constitucional fundamental a la vida.

Tercero: ORDENAR a Caprecom Bucaramanga que, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la notificación de esta sentencia, practique a Luis Eduardo Sánchez, si no se ha realizado, la cirugía de cataratas en el ojo derecho, perseguida mediante la acción de tutela en revisión. Igualmente, PRACTICAR la cirugía de cataratas en el ojo izquierdo del demandante, en un término prudencial, que no vulnere o amenace ninguno de sus derechos constitucionales fundamentales, en caso de que no se hubiere realizado.

Cuarto. ORDENAR al Juzgado Segundo Civil Municipal de Bucaramanga, informar pormenorizadamente a la Sala sobre el cumplimiento que se dé a la presente providencia.

Quinto. PREVENIR a Caprecom para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en omisiones como la que dio lugar a la presente acción de tutela.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-261
mayo 28 de 1998

DERECHO AL SUFRAGIO-Principios clásicos/**REGIMEN DEMOCRATICO**-Determinación

El desarrollo del derecho electoral desde el siglo XIX ha llevado a la formulación y aceptación general de cuatro principios clásicos del sufragio, de acuerdo con los cuales el voto debe ser universal, igual, directo y secreto. La categoría de universal significa que el voto es un derecho que le corresponde a todos los nacionales de un país, independientemente de su sexo, raza, ingresos y propiedades, educación, adscripción étnica, religión u orientación política. El derecho de sufragio responde al concepto de igualdad cuando los votos de todos los ciudadanos -sin importar, nuevamente, su condición social, económica, religiosa, política, etc.- tienen el mismo valor numérico para efectos de la distribución de las curules o cargos en disputa. Igualmente, será directo en la medida en que los ciudadanos puedan elegir a sus representantes o gobernantes, sin necesidad de intermediarios que decidan independientemente sobre el sentido de su voto. El voto es secreto en la medida en que se garantiza al ciudadano que el sentido de su elección no será conocido por las demás personas, situación que le permite ejercer su derecho de sufragio sin temer represalias o consecuencias adversas, con lo cual podrá ejercer su derecho de sufragio de manera completamente libre. La importancia de los principios del derecho electoral se evidencia en el hecho de que su aplicación o inaplicación es tenida en cuenta en el momento de entrar a definir si un determinado régimen político es democrático o no.

DERECHO AL SUFRAGIO-Reconocimiento internacional y constitucional de los principios clásicos

DERECHO AL VOTO SECRETO-Carácter fundamental

La Corte considera que el secreto del voto sí ostenta el carácter de derecho fundamental. La existencia del voto secreto es determinante para que las personas puedan ejercer en completa libertad su derecho de sufragio y, por lo tanto, puedan cumplir a cabalidad con su papel de electores de sus gobernantes. Si el voto es obligatoriamente público o si no se garantiza a las personas la reserva de su voto, el ciudadano puede ser objeto de amenazas o represalias, con lo cual perderá la libertad de elegir y se atentará contra el principio de que los gobernantes sean elegidos por el mismo pueblo. El derecho al voto consignado en el artículo 40 de la Carta incluye dentro de su núcleo esencial el derecho del ciudadano de que el sentido de su voto sea secreto. Ello implica que los ciudadanos sí poseen el derecho fundamental a exigir que la administración electoral desarrolle los mecanismos necesarios para impedir que las demás personas conozcan la orientación política de su voto.

TARJETAS ELECTORALES-Numeración

DERECHO AL VOTO SECRETO-Formulario E-10 y E-11

Referencia: Expediente T-153118.

Actor: Fernando Prada Ortega.

Tema: El derecho al voto secreto es fundamental.

Magistrado Ponente: Doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela número T-153118, promovido por el ciudadano Fernando Prada Ortega contra la Registraduría Nacional del Estado Civil.

ANTECEDENTES

1. El día 22 de septiembre de 1997, el ciudadano Fernando Prada Ortega instauró, ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla, acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil. Según el demandante, dicho organismo, al disponer que en las elecciones "los jurados deberán elaborar un listado de los sufragantes, en el cual aparecerán, en forma consecutiva, los nombres y número de cédulas de cada ciudadano que se acerque a la respectiva mesa a depositar su voto", vulneró su derecho fundamental al voto secreto, consagrado en el artículo 258 de la Constitución Política.

El actor sostiene que el voto secreto implica que cuando el ciudadano ejerce su derecho al sufragio "debe consultar sólo con su conciencia y proceder a votar sin que ninguna autoridad, por ningún medio pueda conocer cómo o por quién quiso sufragar el ciudadano de turno". Agrega que para tal efecto "la misma Constitución colombiana ha dispuesto que al momento de sufragar los ciudadanos lo hagan en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación y advierte que los ciudadanos votarán secretamente."

Manifiesta que el sistema de votación dispuesto por la Registraduría para las elecciones del 26 de Octubre de 1997 vulnera este derecho. Explica así el funcionamiento de dicho procedimiento:

> *"3. Según los cartones o tarjetones con que los ciudadanos deberán votar en las elecciones del próximo 26 de octubre en todo el país, éstos tienen en la primera hoja, parte inferior, una numeración de las mesas y otra del tarjetón, que es esta última de manera consecutiva, es decir desde el 0001 en adelante.*
>
> *"4. De la misma manera, por disposición legal, a cada mesa de votación se entregará un número de 400 tarjetones que repito van numerados de manera consecutiva. Así, en vía de ejemplo, a la mesa No. 0001 se le entregarán los tarjetones desde el No. 0001 hasta el No. 0400.*
>
> *"5. A la vez, al momento de sufragar cada ciudadano, los jurados deberán elaborar un listado de los sufragantes, en el cual aparecerán, en forma consecu-*

tiva, los nombres y número de cédula de cada ciudadano que se acerque a la respectiva mesa a depositar su voto.

"Una vez anotado el nombre y número de cédula se le hará entrega de un tarjetón de los que previamente han sido entregados a los jurados, ya numerados, para que el ciudadano marque la persona por la que desee votar, trabajo que hará al interior del cubículo.

"6. Pero ocurre que como los tarjetones están numerados y se entregan a los ciudadanos en el orden en que éstos se acerquen a la mesa para sufragar, entonces se conoce que al ciudadano No. 1 se le entregó el primer tarjetón, al ciudadano No. 2 el segundo y así sucesivamente.

"Cuando se produzca el escrutinio, cualquiera de los jurados puede comparar el tarjetón No. 1 con el nombre del primer ciudadano que se acercó a votar y que figura en la lista, observa qué nombre o rastro de la cara cruzó y sabe, sin ningún esfuerzo mental, por quién sufragó el ciudadano de marras, quedando de esa manera vulnerado el secreto del voto que impone la Constitución colombiana y violándole así este derecho fundamental que tiene el ciudadano a que no se conozca por quién sufragó".

Considera que lo anterior, además de desconocer el derecho al voto secreto, "pone en peligro la integridad física y hasta la vida de los sufragantes, pues de todos es sabido la violencia política que estamos viviendo al punto que a cualquier colombiano se le arrebata la vida no sólo por votar sino por aspirar a ser elegido en un cargo de elección popular".

Finalmente, en consideración de que ya se estaba muy cerca de las elecciones locales y regionales del 26 de octubre de 1997, el actor le solicita al juez de tutela que, como medida provisional, disponga la elaboración de nuevos tarjetones o la prohibición de utilizar los actuales, y, en caso de no ser posible, el aplazamiento de las elecciones.

2. El 6 de octubre de 1997, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla declaró improcedente la tutela solicitada.

El juzgado manifiesta que el derecho de sufragio está consagrado como fundamental en el artículo 40 de la Constitución Política, y que "es un derecho político, en virtud del cual todo ciudadano puede participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, si así lo deseare". Sin embargo, expresa que "el carácter secreto del voto no es propiamente un derecho fundamental, aun cuando sí tiene rango constitucional tal como lo establece el artículo 258 de nuestra Carta." A continuación, agrega que "no es menos cierto que la numeración de los tarjetones también tiene origen constitucional [pues] el artículo mencionado dispone que los ciudadanos al ejercitar el derecho al sufragio lo harán 'en tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente."

El juzgado de tutela concluye: "posiblemente tal como hace el análisis este accionante resulta fácil determinar con posterioridad al sufragio como votó alguien. Este hecho que invoca el accionante como vulneratorio de la Constitución Nacional no lo es, por cuanto que lejos de ir en contra de ella, le está dando cumplimiento al artículo 258. Por otro lado, este ordenamiento tiene un carácter general, impersonal y abstracto, referido a todos los ciudadanos y no solamente al accionante. El variar esta disposición implicaría hacer una reforma a la Carta Constitucional ...".

3. El 21 de octubre, el actor presentó escrito de apelación contra la decisión del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla. En primer lugar, expresa que el carácter secreto del

voto es una condición intrínseca del derecho de sufragio, "ya que con ello se tutela o protege al ciudadano en cuanto a su conciencia, su libre disposición de sufragar por quien estime conveniente, sin el conocimiento del resto de la comunidad. Por tanto, salvo mejor concepto, a juicio del suscrito, el derecho a votar en secreto sí es un derecho constitucional fundamental."

Sostiene que su petición de amparo no está dirigida a que se suspendan los tarjetones ni a que éstos dejen de ser numerados, sino a que se le proteja su derecho a ejercer el sufragio en secreto: "y ello puede hacerse no sólo eliminando la numeración en el tarjetón, sino también eliminando el listado de los votantes en la forma como hoy se viene manejando porque es esta lista la que comparada con los tarjetones pone al descubierto por quién sufragó un ciudadano...".

Sostiene que la Registraduría cuenta con mecanismos legales para preservar el carácter secreto del voto, "como es el de modificar o no numerar o no hacer un listado de quienes sufragan, sino señalarlos, por ejemplo, dentro del listado general que se lleva en cada mesa, sin relacionarlos en orden numérico consecutivo. De esa manera se podría establecer cuántos votaron en cada mesa, pero no se dejaría huella de en qué orden lo hicieron y, por tanto, tampoco de qué tarjeta electoral correspondió a cada quién, conservándose el secreto del voto sin necesidad de permitir que se conozca a favor de quién votó cada ciudadano y sin violar ni modificar la Carta Política."

4. El 6 de noviembre, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla conoce de la impugnación y solicita a la Registraduría Nacional del Estado Civil que informe "si los votantes son registrados en lista en orden de votación, y si los tarjetones que se les entrega a cada uno de ellos también son anotados; valga decir, si existe la posibilidad de conocer por quién o cómo votó determinado ciudadano".

5. El Registrador Nacional responde mediante escrito del 13 de noviembre. Expresa que dentro de los documentos electorales que deben diligenciar los jurados de votación están la Lista de Sufragantes (formulario E-10) y la Lista y Registro de Votantes (formulario E-11). En la lista de sufragantes están relacionados los números de las cédulas de los ciudadanos autorizados para votar en la respectiva mesa de votación. Así, cuando el ciudadano se acerca a votar y entrega al jurado su cédula, éste debe ubicar el número en el formulario E-10 y tachar la respectiva casilla.

Seguidamente, "luego de verificar en el formulario E-10 que el ciudadano puede sufragar en esa mesa, debe marcar con una X en la tabla de 'Cantidad de Votantes' de la Lista y Registro de Votantes (formulario E-11), el número de orden de votación, lo cual debe hacerse en forma ascendente continua, cada vez que se presente un elector. Posteriormente, al lado del número de la correspondiente cédula se anotan los apellidos, nombres y sexo del elector en las respectivas casillas." De esta forma, se surte un control sobre el total de los sufragantes, a medida que va transcurriendo el proceso.

Sobre las tarjetas electorales señala el Registrador que son elaboradas en papel de seguridad y están enumeradas consecutivamente desde el 0001 hasta el total del potencial electoral de la respectiva circunscripción electoral. Agrega que el jurado debe firmar cada tarjeta que entrega a los ciudadanos.

Concluye que "el procedimiento anterior fue diseñado para efectos de preservar el secreto del voto, por lo cual resulta imposible determinar por qué candidato o lista sufragó un determinado ciudadano".

6. El 1 de diciembre, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla confirmó la decisión impugnada.

En primer lugar, expone que el artículo 40 de la Constitución consagra el derecho fundamental a que el pueblo participe en la conformación, ejercicio y control del poder político. El artículo 258 constituye un desarrollo del artículo 40, en la medida en que el voto "es un instrumento de manifestación de la voluntad popular, a través del cual los gobernados eligen a sus gobernantes." Sostiene que el Constituyente, "para contrarrestar las prácticas que distorsionan la real voluntad de los votantes", reglamentó la votación mediante tarjetones, dispuso que el voto fuera secreto y facultó al legislador para implantar mecanismos de votación que otorgaran más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho.

Para la Sala, el carácter secreto del derecho al voto hace parte del núcleo esencial del derecho a elegir. En su criterio, de la realidad social y del conocimiento del campo electoral "surge la convicción de la existencia de inmensos peligros para la libertad de elegir, si la votación de los ciudadanos pudiese ser conocida por quienes tienen interés en ello. Es la realidad social la que inspira la conclusión de que el carácter secreto del voto hace parte del núcleo esencial del derecho a elegir, hasta el punto de que se puede predicar que de no ser así se pone en entredicho el libre ejercicio del sufragio."

Sobre la tutela interpuesta, sostiene que aunque "debería entrar a determinarse el alcance de la protección de la tutela frente a una situación general, cuando cobija situaciones que amenazan derechos fundamentales", en el caso concreto no se evidenciaba tal amenaza de los derechos del actor. Tanto de la respuesta del Registrador al oficio de la Sala como del conocimiento que surge de la misma experiencia se infiere que la forma como se realizan las votaciones garantiza el secreto del voto. Al respecto precisa:

> *"Acorde a lo establecido, dos son los controles para determinar los votantes. El primero consiste en verificar, en el listado de números de cédulas, que el ciudadano esté habilitado a votar en la mesa respectiva, éste se hace en el formato denominado E-10, donde constan los números de cédulas, los cuales tienen un orden numérico y son tachados acorde se presentan los votantes, pero como su orden no depende del momento en que concurren, no resulta a posteriori factible determinar quién votó antes o después. El segundo formulario, denominado E-11, tampoco permite establecer el orden de la votación, porque aunque se anota el orden de los ciudadanos que concurren a cumplir con su derecho democrático, ello no se hace según el orden de realización del acto, sino frente al correspondiente número de la cédula ya preimpreso, de modo que el primero de la lista puede, eventualmente, ser el último de los votantes.*

Concluye la Sala, que "no se percibe una real amenaza del secreto del voto, dentro del modo normal en que ocurren las cosas, toda vez que la hipótesis del accionante, exige actos irregulares e ilícitos de los jurados que controlan la votación, los que no están acreditados o sugeridos, y que la buena fe, permite desechar como factor general".

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El ciudadano Fernando Prada Ortega estima que los formularios que deben diligenciar los jurados de votación cuando los ciudadanos se disponen a votar, atenta contra el derecho fundamental al voto secreto y pone en peligro la vida de los sufragantes. Manifiesta que el hecho de que los jurados de votación elaboren un listado, en el que aparecen en forma consecutiva el nombre y número de cédula de los ciudadanos que se acercan a sufragar, facilita que se conozca el sentido de su voto, puesto que los tarjetones numerados son entregados a los ciudadanos también en su orden de aparición. De esta manera, los jurados de votación pueden, en el momento de abrir las urnas, establecer la preferencia política de cada ciudadano, observando cuál tarjetón se le entregó.

2. El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla denegó la tutela solicitada. Manifiesta que el derecho a emitir el voto en forma secreta no es fundamental. Asimismo, expresa que, puesto que la Constitución establece que los tarjetones deben ser numerados, el riesgo que ello podría generar, en el sentido de que puede permitir que se conozca la preferencia política de cada ciudadano, debe ser asumido.

3. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla confirma la sentencia de primera instancia. Aclara que el voto secreto hace parte del núcleo esencial del derecho a elegir. Con base en un concepto que le solicitó al Registrador Nacional del Estado Civil, concluye que la forma como se llevan a cabo las elecciones garantiza el derecho al voto secreto.

El problema planteado

4. Se trata de establecer si el derecho al voto secreto tiene carácter de fundamental, y si el formulario en el cual los jurados de votación deben anotar los ciudadanos que concurren a sufragar a su mesa de votación permite conocer el sentido de voto de los sufragantes.

¿Constituye el secreto del voto un derecho fundamental de los ciudadanos?

5. El desarrollo del derecho electoral desde el siglo XIX ha llevado a la formulación y aceptación general de cuatro principios clásicos del sufragio, de acuerdo con los cuales el voto debe ser universal, igual, directo y secreto. La categoría de universal significa que el voto es un derecho que le corresponde a todos los nacionales de un país, independientemente de su sexo, raza, ingresos y propiedades, educación, adscripción étnica, religión u orientación política. Si bien la extensión de este derecho tiene algunas restricciones, tales como la edad, la nacionalidad, y la necesidad de estar inscrito en el padrón electoral, estas limitaciones han sido consideradas como indispensables para garantizar un voto en conciencia y una administración electoral eficiente y que garantice transparencia.

El derecho de sufragio responde al concepto de igualdad cuando los votos de todos los ciudadanos -sin importar, nuevamente, su condición social, económica, religiosa, política, etc.- tienen el mismo valor numérico para efectos de la distribución de las curules o cargos en disputa. Igualmente, será directo en la medida en que los ciudadanos puedan elegir a sus representantes o gobernantes, sin necesidad de intermediarios que decidan independientemente sobre el sentido de su voto.

Finalmente, el voto es secreto en la medida en que se garantiza al ciudadano que el sentido de su elección no será conocido por las demás personas, situación que le permite ejercer su derecho de sufragio sin temer represalias o consecuencias adversas, con lo cual podrá ejercer su derecho de sufragio de manera completamente libre. Sobre esta característica ha de añadirse que en la doctrina se entiende que el derecho a emitir el voto en secreto es un derecho subjetivo que reside únicamente en cabeza de los ciudadanos. Ello significa que si bien las personas pueden exigir de la administración electoral que tome las medidas necesarias para que el contenido de su voto permanezca en reserva, el carácter secreto del voto no es exigible en relación con el ciudadano que decide hacer pública su orientación política.

6. La importancia de los mencionados principios del derecho electoral se evidencia en el hecho de que su aplicación o inaplicación es tenida en cuenta en el momento de entrar a definir si un determinado régimen político es democrático o no. En efecto, un país en el cual algunos sectores de la población sean marginados de la votación, o en el que se conceda mayor valor a los sufragios de algunos grupos sociales, o donde el voto ciudadano no cuente con las

garantías necesarias para ser emitido en secreto, o en el que los ciudadanos sólo tengan el derecho a elegir las personas que realizarán - con completa autonomía - la elección final de los gobernantes o representantes, será un país con fuertes carencias democráticas.

7. Los tratados internacionales de derechos humanos han reconocido la importancia fundamental de los principios que se comentan, incorporándolos como derechos dentro de su articulado. Es así como la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Colombia mediante la ley 16 de 1972, dispone en su artículo 23:

> *"**Artículo 23. Derechos políticos.***
>
> *"1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:*
>
> *a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
>
> *b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (...)."*

En términos similares está redactado el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

8. La Constitución de 1991 contiene también los mencionados principios, en diferentes artículos. Los artículos 40 y 260 consagran el postulado de la universalidad del voto al establecer, respectivamente, que "todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (...)" y que "los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales Municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale."

Como se observa, el artículo 260 contempla, igualmente, la característica del voto directo. También lo hacen los artículos 133 y 190 de la Carta.[1] La igualdad de valor de los sufragios se deriva del artículo 13 de la Carta Política y el secreto del voto está consignado tanto en el mencionado artículo 190, acerca de la elección del presidente, como en el 258. En este último se señala expresamente que "en todas las elecciones, los ciudadanos votarán secretamente en cubículos individuales...". Además, el mismo artículo precisa que "la ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho [el del sufragio] de los ciudadanos", y, como ya se ha mencionado, en la doctrina se acepta sin obstáculos que la libertad del sufragio depende fundamentalmente de la garantía del secreto del voto.

9. Habiéndose establecido ya que los principios clásicos del sufragio han recibido reconocimiento como derechos de los individuos tanto en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia como en la misma Constitución Política de 1991,

---

[1] El artículo 133 prescribe que "[l]os miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común...". A su vez, el artículo 190 preceptúa que "[e]l Presidente de la República será elegido para un período de cuatro años, por la mitad más uno de los votos que, de manera directa y secreta, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley...".

cabe ahora preguntarse si el derecho a emitir de manera secreta el voto tiene el carácter de fundamental y, por lo tanto, si se puede reclamar su vigencia a través de la acción de tutela.

El juez de tutela en la primera instancia expresa que el derecho a emitir el voto en forma reservada no es fundamental, aun cuando sí tiene rango constitucional, por cuanto se halla consagrado en el artículo 258 de la Carta Política. Evidentemente, el carácter secreto del voto no se halla contemplado en el capítulo 1 del Título II de la Constitución, que trata "De los derechos fundamentales". Sin embargo, ya desde la sentencia T-002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, esta Corporación estableció que la ubicación espacial de los derechos dentro de la Constitución constituye únicamente un criterio auxiliar para determinar si un derecho es fundamental o no. Por eso, en la misma sentencia se precisó que el juez de tutela debe encargarse en cada caso específico de indagar si el derecho cuya protección se solicita tiene o no la categoría de fundamental.

La Corte considera que el secreto del voto sí ostenta el carácter de derecho fundamental. El artículo 40 preceptúa que todos los ciudadanos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, objetivos que se desarrollan, entre otras formas, a partir de la concurrencia a las elecciones. Pero no cualquier tipo de participación en las elecciones es aceptable desde el punto de vista de la Constitución.

Como bien lo señala el artículo 1° de la Carta Política, Colombia es un Estado que se compromete con la fórmula democrática. Ello significa que el Estado colombiano asume determinados procedimientos para la elección de sus gobernantes y el ejercicio del gobierno, además de que se compromete con la vigencia y respeto de ciertos valores -considerados como constitutivos de las sociedades democráticas-, los cuales habrán de regir las relaciones entre el Estado y las personas, y dentro de la misma sociedad.

En una democracia, la elección de los gobernantes y de los representantes del pueblo debe ser realizada por los mismos ciudadanos. Pero para que esa elección sea verdaderamente democrática es necesario que se cumpla con una serie de requisitos, relacionados tanto con las condiciones en que se desarrollan las campañas y las elecciones, como con la manera en que vota el ciudadano. Pues bien, la existencia del voto secreto es determinante para que las personas puedan ejercer en completa libertad su derecho de sufragio y, por lo tanto, puedan cumplir a cabalidad con su papel de electores de sus gobernantes. Si el voto es obligatoriamente público o si no se garantiza a las personas la reserva de su voto, el ciudadano puede ser objeto de amenazas o represalias, con lo cual perderá la libertad de elegir y se atentará contra el principio de que los gobernantes sean elegidos por el mismo pueblo.

De lo anterior se deduce que el derecho al voto consignado en el artículo 40 de la Carta incluye dentro de su núcleo esencial el derecho del ciudadano de que el sentido de su voto sea secreto. Ello implica que los ciudadanos sí poseen el derecho fundamental a exigir que la administración electoral desarrolle los mecanismos necesarios para impedir que las demás personas conozcan la orientación política de su voto. Por esta razón, la Corte comparte la argumentación expuesta por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla acerca de que el secreto del voto forma parte esencial del derecho de sufragio de los ciudadanos.

10.El Juez Sexto Penal del Circuito de Barranquilla expresa que la posibilidad de que a través de las tarjetas de votación numeradas se conozcan las preferencias políticas del ciudadano constituye una eventualidad que debe ser aceptada, por cuanto los tarjetones numerados están consagrados constitucionalmente. Esta afirmación parte de una confusión acerca del sentido de los tarjetones y de su relación con el voto secreto.

La consagración constitucional de los tarjetones numerados surgió de la necesidad de poner punto final a la práctica tradicional de que las boletas de votación fueran impresas y distribuidas por los mismos partidos políticos. Por diversas razones esta práctica había sido objeto de debate durante muchos años. En efecto, ella colocaba en condiciones de inferioridad a los partidos políticos menores, que no contaban ni con fondos suficientes para la impresión de las boletas, ni con representantes en todas las localidades del país que se pudieran encargar de la distribución de las mismas. Asimismo, el sistema anterior atentaba contra el secreto del voto y favorecía el clientelismo, en la medida en que los electores tenían que buscar a los pregoneros de los partidos para que les entregaran las boletas de votación, con lo cual se facilitaba a los caudillos políticos conocer el sentido del voto de las personas.

Lo anterior significa que la instauración de los tarjetones también tuvo por objeto garantizar la reserva del sufragio. Ello denota que estas dos figuras, en vez de ser antitéticas, son complementarias, como se deduce del hecho mismo de que se consagren en el mismo artículo 258 de la Constitución. Por eso, no es de recibo la aseveración del juez acerca de que habrán de aceptarse limitaciones al derecho al voto secreto en aras de la aplicación de la figura de los tarjetones numerados.

¿Vulnera el formulario E-11 el carácter secreto del voto?

11. Con el fin de obtener mayor claridad con respecto a la Lista de Sufragantes (formulario E-10) y la Lista y Registro de Votantes (formulario E-11) que deben diligenciar los jurados de votación, la Corte le solicitó al Registrador Nacional del Estado Civil una explicación más detallada sobre estos documentos. De la respuesta de la Registraduría y del folleto de instrucciones para los jurados de votación, el cual contiene un facsímil de los formularios E-10 y E 11, se pueden obtener las siguientes conclusiones:

a) La Lista de Sufragantes (formulario E-10) contiene simplemente el listado -en orden numérico ascendente- de los números de las cédulas de ciudadanía de las personas autorizadas para sufragar en una mesa de votación determinada. En el formulario también se encuentran anotadas las especificaciones acerca de la ubicación geográfica y la identificación de la mesa (departamento, municipio o distrito, inspección, corregimiento o sector rural, zona, puesto, número de mesa y código asignado al lugar).

El formulario se encuentra prediligenciado. La actividad de los jurados de votación con respecto al mismo se limita a anotar en unas casillas vacías sus números de cédula, cuando ellos voten en esa mesa, y a marcar o resaltar los números de las cédulas pertenecientes a los ciudadanos que se acercan a la mesa para ejercer su derecho de sufragio.

b) La Lista y Registro de Votantes (formulario E-11) consta de tres partes, a saber: La tabla de cantidad de votantes, la lista y registro de votantes y el certificado del jurado acerca del número total de hombres y mujeres que ejercieron su derecho al voto en la mesa bajo su custodia.

En la tabla de cantidad de votantes se encuentran escritos todos los números comprendidos entre el uno (1) y la cifra total de personas autorizadas para votar en una mesa. Así, en las últimas elecciones se dispuso, por regla general, una relación de 400 sufragantes por mesa, razón por la cual la lista de números se extendió desde el 1 hasta el 400. El fin de esta tabla es el de facilitar el conteo de los ciudadanos que sufragan en la mesa. Para este efecto, el jurado, luego de verificar que la persona que se acerca puede sufragar en la respectiva mesa, debe marcar con una X el número que corresponda al orden de aparición y votación del ciudadano. Es importante resaltar que este listado consta únicamente de los números en

sentido ascendente, es decir, no contiene los nombres ni los números de cédula de los ciudadanos, razón por la cual es imposible determinar cuál número le correspondió a un ciudadano determinado.

La lista y registro de votantes, en sentido estricto, contiene la relación general de los números de las cédulas de los ciudadanos autorizados para votar en esa mesa. Los números de las cédulas se encuentran listados en orden ascendente. La lista consta de cinco columnas. En la primera y la segunda se encuentra impreso el número de la cédula, en código de barras y en números arábigos, respectivamente. La tercera, la cuarta y la quinta columnas se encuentran en blanco y deben ser rellenadas por el jurado: en la tercera se registran los apellidos y nombres de los ciudadanos; la cuarta sólo se diligencia si la persona ejerció su derecho al voto tras obtener una certificación expedida por el registrador auxiliar, municipal o distrital; y en la quinta se determina el sexo del votante.

La última parte del formulario consiste en un certificado, en el cual los jurados de votación consignan el número total de ciudadanos que votaron en la mesa, señalando cuántos de ellos eran mujeres y cuántos hombres. En este certificado deberán estampar sus firmas los jurados.

12. De la información suministrada por el Registrador Nacional y de la observación directa del folleto "Instrucciones para Jurados de Votación" se puede concluir con claridad que no le asiste razón al actor en su aseveración acerca de que los formularios que deben llenar los jurados posibilitan establecer las preferencias políticas del ciudadano.

En efecto, como ya se precisó, el formulario E-10 contiene únicamente una lista de números de cédulas de ciudadanía, ordenados en forma ascendente, los cuales deben ser resaltados por los jurados en la medida en que aparecen los ciudadanos cuyos números de cédula coinciden con los escritos en el formulario.

Tampoco el formulario E-11 -contra el cual está dirigida específicamente la demanda- permite determinar la preferencia política del ciudadano. De la descripción hecha de este formulario se deduce que la demanda solamente puede formularse contra la lista y registro de votantes en sentido estricto, pues las otras dos partes de este formulario -la tabla de cantidad de votantes y la certificación- no identifican de la más mínima forma al ciudadano que sufraga.

El actor afirma que los jurados de votación elaboran un listado, en el que escriben, en forma consecutiva, el nombre y número de cédula de los ciudadanos que se acercan a sufragar, hecho que permitiría establecer por quién ha votado el ciudadano, puesto que los tarjetones son entregados, en orden numérico, a los ciudadanos, de acuerdo con su orden de aparición. La afirmación del actor podría sostenerse si, como él lo afirma, el listado fuera elaborado directamente por los jurados de votación. Sin embargo, como ya se ha señalado, el formulario E-11 es entregado a los jurados preimpreso y con varias columnas ya diligenciadas. La actividad de los jurados se reduce a complementar los datos de la lista, específicamente las columnas tres, cuatro y cinco. Pero las columnas uno y dos, que determinan el orden de colocación en la lista, se encuentran ya rellenadas con los datos referidos al número de la cédula en código de barras y en signos arábigos, respectivamente.

Lo anterior implica que no le asiste razón al demandante cuando afirma que los jurados forman una lista consecutiva de los ciudadanos que concurren a votar: la lista ya tiene su orden propio, dado por la numeración ascendente de las cédulas de ciudadanía, y la labor de los jurados se limita a buscar el lugar en el cual se encuentra transcrito el número de la cédula del

ciudadano que se apresta a votar, y a rellenar las columnas vacías. De esta manera, el listado no es llenado por los jurados renglón tras renglón, sino en forma desordenada y discontinua, de acuerdo con la llegada de los votantes. Por eso, el jurado no podrá asociar el número de los tarjetones con la colocación de los votantes dentro del listado y, por lo tanto, no está en condiciones de conocer por cuál candidato votaron los ciudadanos que concurrieron a su mesa.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia de tutela dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, el día primero de diciembre de 1997, en el sentido de denegar la tutela solicitada por Fernando Praga Ortega, en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil, por las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo: Líbrense por Secretaría las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-262
mayo 28 de 1998

ACCION DE TUTELA-No sustituye mecanismos de defensa judicial/**JUEZ CONSTITUCIONAL**-Respeto de jurisdicciones establecidas

La acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció que dentro de las labores que le impone la Constitución "está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas."

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Revisión de actos administrativos de orden disciplinario/**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**-Sanción disciplinaria de suspensión

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inexistencia por sanción disciplinaria de suspensión

Referencia: T-153528.

Acción de tutela de Fernando Carrillo Flórez contra la Procuraduría General de la Nación y el Procurador General de la Nación.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela T-153528, instaurado por Fernando Carrillo Flórez contra la Procuraduría General de la Nación y el Procurador General de la Nación.

ANTECEDENTES

1. El día 22 de julio de 1992, el señor Pablo Escobar Gaviria se fugó, junto con otras personas, de la cárcel de la Catedral, situada en el municipio de Envigado, Antioquia. Con ocasión de los hechos ocurridos en el mencionado centro de reclusión, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación inició una investigación disciplinaria, en julio 23 de 1991, a la cual fueron vinculados los ciudadanos Jaime Giraldo Angel y Fernando Carrillo Flórez, quienes estuvieron a la cabeza del Ministerio de Justicia en el período comprendido entre el 7 de agosto de 1990 y el 2 de julio de 1992.

2. Mediante auto del 24 de marzo de 1993, el entonces Procurador General de la Nación, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, clausuró la investigación preliminar y formuló pliego de cargos contra ambos ex ministros.

3. Como consecuencia de una tutela fallada por la Corte Suprema de Justicia en favor de Jaime Giraldo Angel, el Procurador Arrieta, mediante providencia del 2 de marzo de 1992, se declaró impedido para continuar conociendo del proceso disciplinario y ordenó remitir las diligencias al Viceprocurador General de la Nación. Mediante auto del 11 de marzo de 1994 (aclarado el 16 de marzo), el Viceprocurador General de la Nación, Mauricio Echeverry, asumió el conocimiento del proceso.

4. El día 29 de agosto de 1994, el Viceprocurador General de la Nación dictó el fallo de única instancia, en el cual se dispuso sancionar al señor Fernando Carrillo Flórez con la suspensión de su cargo de Ministro de Justicia por un término de treinta (30) días. El señor Carrillo, demandante dentro de la presente tutela, interpuso recurso de reposición contra la citada providencia y solicitó que el proceso fuera remitido al nuevo Procurador General de la Nación, Orlando Vásquez Velásquez, en quien no concurría ninguna causal de impedimento.

El Viceprocurador, tras considerar que, efectivamente, el nuevo Procurador no estaba impedido para conocer sobre el proceso disciplinario, dispuso, mediante auto del 9 de septiembre de 1994, remitir el expediente al Despacho del Procurador General de la Nación, orden que fue cumplida mediante memorando interno del día 13 de septiembre de 1994. De dicha actuación se corrió traslado a los encartados.

5. El Procurador General de la Nación ordenó, mediante memorando interno del día 13 de octubre de 1994, retornar el expediente al Despacho del Viceprocurador General de la Nación para la elaboración del proyecto de providencia. Dicho proyecto fue entregado por los abogados asesores del Despacho del Viceprocurador al Viceprocurador Orlando Solano Bárcenas, el día 25 de noviembre de 1994.

6. Mediante el Memorando No. 021 del 28 de febrero de 1997, el actual Viceprocurador General de la Nación, Eduardo Montealegre Lynett, remitió el expediente y el proyecto de providencia al ahora Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar. Ese mismo día, el Procurador General de la Nación avocó el conocimiento del proceso y resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el fallo del día 29 de agosto de 1994. En su providencia, el Procurador General de la Nación decidió declarar la prescripción de la acción disciplinaria contra el señor Jaime Giraldo Angel y confirmar la sanción dictada contra el señor Fernando Carrillo Flórez. Tal decisión fue notificada al apoderado del señor Carrillo Flórez, el día 18 de marzo de 1997.

7. Fernando Carrillo Flórez solicitó que se declarara la nulidad de la decisión del 28 de febrero de 1997. Los argumentos que allí se exponen coinciden, en lo fundamental, con los argumentos de la demanda de tutela, que se presentarán a continuación.

En providencia del 22 de septiembre de 1997, el Procurador General de la Nación negó la solicitud de nulidad, aduciendo que contra la decisión del día 28 de febrero de 1997, confirmatoria de la sanción impuesta al señor Carrillo Flórez, no procedía recurso gubernativo alguno.

8. El día 7 de octubre de 1997, el ciudadano Fernando Carrillo Flórez, por intermedio de su apoderado, instauró acción de tutela contra el Procurador General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, bajo la consideración de que en el proceso disciplinario seguido en su contra se habían violado sus derechos fundamentales al debido proceso, a un juez imparcial, a una decisión técnica y a la audiencia, lo que, en su opinión, constituye una abierta vía de hecho.

El demandante solicita que el juez de tutela disponga, como medida provisional, la suspensión de la decisión de la Procuraduría, y que declare la invalidez de todas las providencias dictadas por el Procurador General de la Nación a partir del 28 de febrero de 1997. Igualmente, en vista de que el actual Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar, se encontraría impedido para resolver sobre el proceso disciplinario, pide que para rehacer la actuación correspondiente se solicite al Senado de la República la designación de un Procurador ad hoc, a efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del Código Disciplinario Unico.

9. El actor fundamenta su demanda en distintos cargos, los cuales serán expuestos de manera independiente.

9.1. Cargo primero: violación del derecho de defensa, al debido proceso y a una decisión imparcial.

El argumento central del cargo radica en la afirmación de que el actual Procurador General de la Nación estaba impedido para decidir sobre el recurso de reposición interpuesto por el señor Fernando Carrillo Flórez contra la decisión del 29 de agosto de 1994. El procesado no estuvo, además, en condición de recusar al Procurador General de la Nación, comoquiera que tanto la remisión del expediente al despacho del Procurador como la asunción del conocimiento sobre el proceso y la adopción de la decisión se produjeron en el mismo día.

El impedimento tendría origen en el hecho de que el Procurador General de la Nación, en ejercicio de su anterior actividad de litigante, habría sido apoderado del ciudadano Darío Echeverry Campos, contra quien se adelantó proceso penal por hechos relacionados con la Cárcel de la Catedral de Envigado, y cuyas declaraciones en el proceso disciplinario habrían servido, parcialmente, para sustentar la decisión de sancionar al señor Carrillo.

Sobre esta situación, el demandante manifiesta que:

a. El señor Echeverry Campos ocupó el cargo de Director General del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia durante parte del período en el que Fernando Carrillo Flórez ejerció como Ministro de Justicia. En dicho período, el señor Echeverry tuvo a su cargo varios asuntos relacionados con la Cárcel de la Catedral de Envigado;

b. El día 29 de mayo de 1992, Fernando Carrillo Flórez, el Secretario General del Ministerio de Justicia y el nuevo Director del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia solicitaron al Procurador General de la Nación de ese entonces - Carlos Gustavo Arrieta - y al Contralor General de la República iniciar una investigación sobre la conducta del señor Echeverry Campos. Posteriormente, el día 24 de julio de 1992, el apoderado del Fondo Rotatorio, a instancias de la junta directiva presidida por el demandante, presentó denuncia penal contra el señor Echeverry, por diversos actos contractuales relacionados con las obras adelantadas en la Cárcel de la Catedral de Envigado;

c. El día 19 de agosto de 1993, el abogado Jaime Bernal Cuéllar presentó memorial al Fiscal 255 de la Unidad de Investigaciones Especiales, en el cual consta que aceptaba el poder que le otorgaba el señor Echeverry Campos para representarlo en el proceso penal que se adelantaba en su contra. El día 1° de septiembre de 1993, se reconoció a Jaime Bernal Cuéllar como defensor de Darío Echeverry Campos. En uso del poder que le fuera conferido, el abogado Jaime Bernal Cuéllar le solicitó posteriormente al fiscal el desembargo de algunos bienes del representado. Luego, el día 27 de septiembre de 1993, el abogado Bernal Cuéllar presentó un memorial en el que solicita que se acepte al abogado Leonardo Cruz Bolívar como su suplente dentro del proceso.

El actor considera que los hechos expuestos demuestran que el actual Procurador se encontraba impedido para conocer del proceso disciplinario adelantado en su contra. En efecto, el Procurador habría incurrido en las causales de recusación contempladas en el artículo 34, numeral 11, del Decreto 3404 de 1983; en el numeral 5° del artículo 34 del Decreto 3404 de 1983; en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil; en el numeral 3° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal; y en el numeral 10 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993.

9.2. Cargo segundo: irregularidad procesal y violación del debido proceso. El demandante considera que la actuación que siguió a la presentación del recurso de reposición contra la decisión sancionatoria hasta el momento en que el expediente fue remitido al despacho del Procurador Bernal Cuéllar fue irregular. Ello, por cuanto la decisión del Procurador Orlando Vásquez de remitir el expediente al despacho del Viceprocurador, para la elaboración del proyecto de providencia, nunca fue comunicada a los investigados; porque el expediente reposó en el despacho del Viceprocurador por espacio de dos años, cuatro meses y ocho días, sin que los procesados tuvieran conocimiento de estos hechos; y porque, de acuerdo con la ley, en esa situación concreta, no le correspondía al Viceprocurador, sino al Procurador Auxiliar, la elaboración del proyecto de decisión sobre el recurso de reposición,

9.3. Tercer cargo: violación del principio de imparcialidad. El actor fundamenta este cargo con la manifestación de que el recurso de reposición interpuesto por los investigados dentro del proceso disciplinario -Fernando Carrillo y Jaime Giraldo- fue decidido con base en un proyecto elaborado por los mismos abogados del Despacho del Viceprocurador General de la Nación que habían presentado el proyecto de la sentencia disciplinaria de única instancia dictada el 29 de agosto de 1994.

9.4. Cuarto cargo: decisión no técnica. Manifiesta el actor que la decisión sobre el recurso de reposición no puede calificarse como técnica, puesto que, como ya se ha dicho, el proceso fue recibido y fallado en el mismo día por el Procurador General de la Nación, a pesar de que consta de setenta y siete (77) cuadernos con aproximadamente veintidós mil (22.000) folios. Ello significa que la decisión del Procurador no se pudo basar, de ninguna manera, en un detenido análisis del material probatorio.

10. Además de señalar los cargos y los hechos en los que se apoya la acción de tutela, el demandante hace un análisis sobre la procedencia de dicha acción en el presente caso.

La viabilidad de la acción, asegura el actor, se desprende del hecho de que a la fecha de interposición de la tutela el Presidente de la República no había dado cumplimiento a la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación. Ello significa que en el momento en que se interpuso la tutela, es decir, en el lapso comprendido entre la decisión de la Procuraduría y su ejecución, el actor carecía de cualquier otro medio de defensa judicial, puesto que según

la jurisprudencia del Consejo de Estado, en ese instante no era posible demandar el acto administrativo emitido por la Procuraduría General de la Nación.

Justifica esta apreciación manifestando que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que "la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho comienza a contarse a partir del momento en que el nominador profiere el acto de cumplimiento de la sanción solicitada por la Procuraduría General de la Nación que es cuando se produce la lesión del derecho cuyo restablecimiento se solicita como consecuencia de la nulidad que se impetra y no a partir de la notificación del acto proferido por la Procuraduría que apenas se limita a imponer la solicitud de una sanción".

11. Correspondió conocer del proceso de tutela a la Sección Segunda, subsección D, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Una vez asumido el conocimiento del caso, se dispuso informar a la Procuraduría General de la Nación acerca del mismo.

La apoderada de la Procuraduría presentó escrito en el cual argumenta que la acción de tutela es improcedente en el caso bajo estudio. Basa su apreciación en dos razones: a) que durante el proceso disciplinario el investigado contó con las oportunidades legales para ejercer su derecho de defensa; y b) que, puesto que la decisión de la Procuraduría constituye un acto administrativo, el actor contaba con otros medios ordinarios de defensa judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

12. En su sentencia de octubre 23 de 1997, el Tribunal deniega la solicitud de tutela. Considera el Tribunal que en el presente caso el actor contaba con otro medio de defensa judicial, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativo. Expresa también que el Consejo de Estado ha señalado que sí es posible demandar directamente el acto administrativo emanado de la Procuraduría General de la Nación.

La Magistrada María del Carmen Jarrín Cerón aclaró su voto, señalando que considera que "el actor debió impugnar los actos que determinaron la imposición de la sanción dentro del término señalado en el Código Contencioso Administrativo. Si dicho término venció, no revive con la expedición del acto de ejecución, que, además, no es revisable a través de la acción propia de los actos administrativos particulares, por ser un mero acto de cumplimiento".

Así mismo, el Magistrado Filemón Jiménez Ochoa aclara el voto. Sostiene el Magistrado que, frente al acto que impuso la sanción, procedía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual debía ejercitarse dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del acto, ya que era un acto definitivo. Manifiesta que contra el acto de ejecución de la sanción procedía también la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

13. El 29 de octubre de 1997, el demandante impugna la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Luego de hacer un recuento de la demanda, entra a analizar la procedencia de la acción de tutela. En su escrito señala que el Tribunal se equivocó al entender que la petición de tutela se dirigía a lograr la anulación de la decisión del Procurador del 28 de febrero de 1997, cuando en realidad se buscaba anular la actuación surtida a partir de octubre de 1994, fecha a partir de la cual los investigados carecieron de oportunidades de defensa y audiencia y, en general, se presentó una flagrante violación al debido proceso. Adicionalmente, reitera lo expuesto en la demanda de tutela sobre la inexistencia de otro medio de defensa judicial, ya que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la caducidad de la acción empieza a contarse a partir del momento en que se ejecuta la solicitud de la Procuraduría, hecho que no había ocurrido al momento de presentarse la acción.

14. La apoderada de la Procuraduría se opuso a la impugnación presentada por el demandante. En su escrito sostiene que "en el presente caso, es claro que la acción de tutela promovida contra la Procuraduría General de la Nación y el señor Procurador es improcedente, como en su oportunidad se manifestó, por cuanto sus pretensiones desconocen el hecho de haber agotado los medios legales para controvertir la decisión adoptada dentro del proceso administrativo sancionatorio que trajo como consecuencia la declaración de responsabilidad del disciplinable".

15. El 3 de diciembre de 1997, la sección primera de la Sala Contencioso Adninistrativa del Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal. El Consejo de Estado señala que mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho era viable demandar las decisiones emanadas de la Procuraduría General de la Nación, puesto que se trata de "actos de la administración de contenido particular y concreto, la principal y definitiva de las cuales es la providencia del 28 de febrero de 1997".

Asevera que era errónea la afirmación del demandante acerca de que carecía de otro medio de defensa judicial. Ello, por cuanto, en primer lugar, sí era viable demandar el acto principal - la decisión de la Procuraduría -, y, además, luego de haberse expedido el acto de ejecución de la sanción, era demandable tanto este acto administrativo como el anterior. Plantea también que dentro del proceso contencioso administrativo puede solicitarse, junto a la pretensión principal, la suspensión provisional del acto principal y su ejecución.

16. Una vez radicado el proceso en la Corte Constitucional, el apoderado del demandante presentó un escrito en el cual hace un recuento de los hechos y añade elementos de juicio que, en su opinión, apoyan su petición de tutela.

En primer lugar, expresa que en el caso bajo estudio se impuso una sanción disciplinaria sin respaldo probatorio y sin atención al principio de tipicidad. La investigación disciplinaria contra el señor Carrillo tuvo por objeto analizar las medidas de seguridad que se habían tomado con respecto a la Cárcel de la Catedral, en Envigado. El demandante fue declarado como no responsable disciplinariamente por hechos relacionados con este punto. Sin embargo, la investigación se amplió a otras materias y de dicha averiguación se dedujo una responsabilidad disciplinaria en cabeza del señor Carrillo, "por conductas distintas relacionadas con la fuga de los reclusos de la Cárcel de Envigado, consistentes en faltar 'a la diligencia y eficiencia en la organización, administración, dirección y vigilancia de la política carcelaria en relación con la denominada Cárcel de Máxima Seguridad de Envigado.... Pues era directamente el señor Ministro de Justicia a nombre del Gobierno, quien debía dirigir, coordinar y vigilar la ejecución y desarrollo de la política carcelaria'".

En segundo lugar, expresa que como apoderado del señor Carrillo había indagado por la ubicación física del expediente, el cual no se encontraba en el Despacho del Procurador General de la Nación, sino en las oficinas de la Viceprocuraduría. De ello deduce que el Procurador no había tenido real acceso a la información que sustentaba el proyecto de resolución sobre el recurso de reposición interpuesto contra la sanción decretada contra su poderdante.

En tercer lugar, expone que, mediante providencia del 9 de diciembre de 1997, la Procuraduría General de la Nación, por intermedio del Procurador Tercero Delegado para la Vigilancia Administrativa, revocó la decisión tomada, el 29 de agosto de 1994, en relación con el ex ministro Jaime Giraldo Angel -luego de que éste hubiera renunciado a la prescripción de la acción disciplinaria que había sido decretada por la Procuraduría en su providencia del 28 de febrero de 1997- por cuanto se encontró que ella había sido adoptada

violando el derecho al debido proceso. Así las cosas, considera el apoderado del señor Carrillo que en el caso de este último debería aplicarse la misma medida, toda vez que los hechos por los cuales fue disciplinado el señor Giraldo coincidían con aquéllos por los cuales fue investigado y sancionado su apoderado. Dice al respecto que si la Procuraduría reconoció que había violado el debido proceso en la investigación contra el señor Giraldo, "en justicia, en equidad e igualdad, debería reconocerse lo mismo en sede jurisdiccional por vía de tutela" para el señor Carrillo.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El apoderado del demandante considera que en el trámite del proceso disciplinario adelantado contra el señor Fernando Carrillo la Procuraduría vulneró distintos derechos fundamentales del actor e incurrió en una vía de hecho. Expresa que, puesto que en el momento en que instauró la acción de tutela, la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría contra su apoderado no había sido ejecutada todavía, éste carecía de otros medios judiciales de defensa ordinarios, razón por la cual estaba legitimado para acudir a la acción de tutela.

2. La apoderada de la Procuraduría General de la Nación manifiesta que la acción de tutela era improcedente en este caso, en atención a la existencia de otros medios judiciales de defensa.

3. El Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideran que la acción de tutela resulta improcedente en la situación bajo análisis, dado que contra el acto administrativo de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el señor Carrillo, procedía el recurso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

4. El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela "sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable." En desarrollo de este precepto, la Corte ha aseverado de manera reiterada que la tutela tiene un carácter subsidiario y que solamente procede cuando no existen otros medios de defensa judicial a través de los cuales se pueda solicitar la protección de los derechos fundamentales que se considera vulnerados, o cuando el medio judicial alternativo es claramente ineficaz para la defensa de esos derechos. En el último caso procede la tutela, ordinariamente como mecanismo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

En efecto, la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución "está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas."

5. En el caso bajo estudio se observa que tanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como el Consejo de Estado afirman que la decisión de la Procuraduría era susceptible de ser demandada ante lo contencioso administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento

del derecho. Esta circunstancia indica claramente que el demandante sí contaba con otro medio de defensa judicial contra la providencia emanada de la Procuraduría General de la Nación.

6. Dada la existencia de otro medio de defensa judicial, la tutela procedería en el evento en que ese otro medio no fuera lo suficientemente eficaz para evitarle un perjuicio irremediable al actor. En el caso examinado, el perjuicio irremediable provendría de la sanción disciplinaria impuesta al actor por la Procuraduría General de la Nación, consistente en 30 días de suspensión. Mas la mencionada sanción disciplinaria no puede considerarse, en sí misma, como un perjuicio irremediable. De lo contrario, se estaría aceptando que todas las sanciones disciplinarias podrían ser objeto de la acción de tutela, con lo cual la justicia constitucional usurparía la función de la jurisdicción contencioso administrativa de revisar los actos administrativos de orden disciplinario.

El actor considera que en el proceso adelantado en su contra por la Procuraduría, que culminó con la sanción aludida, se vulneraron sus derechos fundamentales. Por eso, decidió acudir a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos. Sin embargo, la pretensión del actor bien puede articularse a través de los medios de defensa ordinarios, vía que habrá de seguirse, dado que no se observa la inminencia del advenimiento de un perjuicio irremediable para el actor.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia de la sección primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, del día 3 de diciembre de 1997, mediante la cual se ratificó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Fernando Carrillo Flórez contra el Procurador General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación.

Segundo. LIBRENSE por Secretaría las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-263
mayo 28 de 1998

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Relación entre un sacerdote y un ciudadano

SUBORDINACION-Relación jurídica de dependencia

La Corte ha entendido que la subordinación se produce en razón de una relación jurídica de dependencia, que coloca a una de las partes en desventaja frente a la otra.

INDEFENSION-Supremacía social

Ciertos individuos o entes privados que, en principio, se encuentran en situación de igualdad frente a sus semejantes, en razón de múltiples circunstancias de carácter social, pueden llegar a erigirse en posiciones de supremacía social a partir de la cuales se convierten en agentes proclives a la vulneración de los derechos fundamentales de otras personas quienes, a su vez, carecen de medios de defensa rápidos y efectivos frente a tales actuaciones.

INDEFENSION-Sacerdote que ostenta una posición de supremacía social

DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA FRENTE A LA INJURIA-Protección constitucional es total

La jurisprudencia y la doctrina nacionales han sido reiterativas al señalar que el elemento central del delito de injuria está constituido por el animus injuriandi, es decir, por el hecho de que la persona que hace la imputación tenga conocimiento (1) del carácter deshonroso de sus afirmaciones y, (2) que tales afirmaciones tengan la capacidad de dañar o menoscabar la honra del sujeto contra quien se dirigen. Empero, con independencia de que exista o no animus injuriandi, en materia constitucional se puede producir una lesión. La vía penal sólo protege determinadas vulneraciones a los anotados derechos fundamentales, al paso que la protección que la Constitución Política depara a los mismos es total. Por esta razón, existen violaciones a la honra y al buen nombre de las personas que, sin llegar a constituir formas de injuria o de calumnia, sí afectan estos derechos y, por ende, autorizan su protección por vía de la acción de tutela, cuando ello es necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En todo caso, al margen de la procedencia eventual de la acción penal, la tutela no puede descartarse como medio apto para brindar protección a la persona que enfrenta amenazas contra su propia vida.

ACCION DE TUTELA-Procedencia contra representantes de una iglesia o confesión religiosa

El alto nivel de credibilidad y la presunción de veracidad que ampara las afirmaciones que efectúe el sacerdote, en razón de la posición de supremacía social que ostenta en la comunidad del municipio, y el hecho de que tales afirmaciones pueden tener efectos en

un ámbito de la vida personal protegido por la Carta Política, determinan que tengan un impacto mucho mayor del que tendrían afirmaciones hechas por un ciudadano que carece de la relevancia social que ostenta el demandado. En estas circunstancias, el proceso penal constituye un mecanismo de defensa claramente inidóneo frente a la situación de desigualdad constatada. Sólo la acción de tutela constituye un mecanismo procesal apropiado para que se controvierta judicialmente, en forma rápida y contundente, las afirmaciones que el clérigo ha hecho frente a la ciudadanía del municipio.

DISCURSO RELIGIOSO-Límites constitucionales/**LIBERTAD DE EXPRESION RELIGIOSA**-No tiene carácter absoluto

El discurso de carácter religioso, es decir, aquel que se produce dentro de una determinada confesión religiosa, por parte de representantes o autoridades de la misma o de sus fieles o prosélitos, con base en los dogmas y documentos sagrados respectivos, se encuentra protegido no solamente por el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto sino, también, por la libertad de expresión. Empero, así se trate de una cuestión sometida a una especial protección por parte de la Constitución Política, la expresión libre de las propias ideas religiosas, no constituye un derecho fundamental de carácter absoluto y, por ende, se encuentra sometido a los límites impuestos del propio Estatuto Superior. En efecto, como todo derecho de la persona, la libertad en comento encuentra como límite primigenio los derechos de los demás y el hecho de que no puede ser objeto de abuso por parte de su titular. El discurso religioso tiene, en principio, pleno respaldo constitucional, pues se ampara no sólo en la libertad de cultos sino en la libertad de expresión. Sin embargo, existe la posibilidad de que en ejercicio de tales libertades se vulneren derechos fundamentales de terceras personas, como el derecho a la vida y a la integridad personal o el derecho a la honra y al buen nombre.

LIBERTAD RELIGIOSA Y DE EXPRESION-Limitada por la efectividad de la dignidad de la persona

Las afirmaciones y calificaciones que se efectúen al amparo de la libertad religiosa y de expresión se encuentran limitadas por la efectividad de la dignidad de la persona, en tanto principio constitucional fundante del entero orden jurídico colombiano, y de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. En este sentido, a quien emite opiniones o califica conductas conforme a los postulados y dogmas de una específica cosmovisión religiosa le está vedado imputar falsamente (1) hechos que constituyan delitos; (2) que, en razón de su distanciamiento con la realidad, comprometan el prestigio o la propia imagen de las personas que son objeto de tales opiniones; o, (3) calificaciones tendenciosas, que dentro de contextos de violencia o intolerancia, resulten susceptibles de producir una amenaza real y efectiva de los derechos a la vida y a la integridad personal de la persona afectada.

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DISCURSO RELIGIOSO

El juez constitucional no tiene competencia para evaluar los dogmas internos de una determinada religión o la adecuación de un determinado discurso a tales dogmas. Tampoco está legitimado para cuestionar la forma cómo cada credo interpreta el mundo, ni los calificativos que, en virtud de cada creencia, pueden aplicarse a determinados hechos, acciones o personas. Una precisa doctrina religiosa puede considerar oprobioso lo que otra puede estimar valioso y, en esa disputa, el Estado y, dentro de este, el juez constitucional, debe permanecer neutral. No obstante, existen extremos del discurso religioso que pueden, potencialmente, afectar derechos de terceras personas y cuyo control no significa una intromisión del Estado en cuestiones de fe. Resulta pertinente el control

constitucional, en los casos en los cuales se imputa a una persona la comisión de una conducta contraria a ciertos dogmas religiosos - lo que en principio no puede ser objeto de reproche -, pero se hace de manera tal que apareja una grave afectación de la honra, la reputación o incluso la integridad y la vida de la persona, sin que, desde una perspectiva puramente interna, pueda sustentarse la citada imputación. En este caso, el referente de veracidad está constituido por la ocurrencia de los hechos que presuntamente se califican -cuando por su naturaleza puedan ser empíricamente comprobables- y por la adecuación de los mismos a la doctrina religiosa en virtud de la cual se profiere la imputación. Es importante señalar que en algunos casos las falsas imputaciones trascienden la órbita de los derechos a la honra y al buen nombre y terminan por afectar el derecho a la vida y a la integridad personal del sujeto afectado. Por tal razón, el juez constitucional debe ser sumamente cuidadoso al evaluar el contexto social en el que se producen las eventuales afectaciones, para asegurar la protección de la integridad de los derechos fundamentales eventualmente afectados sin llegar a comprometer el ejercicio legítimo a la libertad religiosa.

DISCURSO RELIGIOSO-Imputación de actos delictivos o deshonrosos

Resulta evidente que en el contexto genérico de un discurso religioso puede imputarse a una persona la comisión de actos delictivos o deshonrosos. En estos casos, el discurso excede los límites internos de su credo para entrar a descalificar a una persona, no en virtud de particulares dogmas religiosos, sino a partir de las normas de conducta comúnmente aceptadas por la sociedad en su conjunto o de las disposiciones jurídicas. En estos casos, las afirmaciones eventualmente ofensivas para la honra o el buen nombre de un tercero, deben necesariamente estar fundadas en hechos ciertos o empíricamente verificables por un observador imparcial, pues de otra manera, se estaría produciendo una mella injustificada en el prestigio de quien resulta falsamente implicado.

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Intensidad del control

El principio "pro libertate" indica que, en principio, el juicio de constitucionalidad sobre la adecuación interna sea particularmente leve. No obstante, la intensidad del control constitucional deberá variar dependiendo, entre otras cosas, (1) del grado de poder social que ostente el presunto agresor o, en otras palabras, de las posibilidades reales de defensa de la persona eventualmente afectada; (2) de la precisión del contenido de la imputación, de manera tal que el público tenga claridad sobre los actos que se le imputan a una persona y sobre el calificativo que merecen los mismos a partir de los dogmas religiosos que profese; (3) de la gravedad del señalamiento, pues no es lo mismo la imputación de una "falta menor" que sólo puede alterar el prestigio de una persona frente a la audiencia más fundamentalista, que la acusación por una falta grave que ofende el sentimiento religioso de todos los miembros de la comunidad y que, incluso, podría afectar normas de conducta de la sociedad en su conducto o disposiciones jurídicas.

LIBERTAD DE EXPRESION RELIGIOSA-Comentarios de sacerdote respecto de creencias gnósticas

DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA-Rectificación de informaciones por sacerdote

Referencia: Expediente T-154300.

Actor: José Rubén Giraldo Zuluaga.

Temas: Procedencia de la acción de tutela contra un ministro de un culto religioso.

Conceptos de Indefensión y subordinación.

Límites constitucionales del discurso religioso.

Juicio de constitucionalidad sobre el discurso religioso.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela T-154300 adelantado por José Rubén Giraldo Zuluaga contra Juan Carlos Jaramillo.

ANTECEDENTES

1. El 26 de agosto de 1997, el señor José Rubén Giraldo Zuluaga, interpuso acción de tutela, ante el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), contra el párroco de la Iglesia San Judas Tadeo, Juan Carlos Jaramillo. Considera el actor que el párroco ha vulnerado sus derechos fundamentales a la honra y al buen nombre (C.P., artículos 15 y 21), a la tranquilidad (C.P., artículo 28) y a no ser molestado en sus convicciones y creencias (C.P., artículos 19 y 20).

El actor señaló que el día 21 de agosto de 1997, el padre Juan Carlos Jaramillo dictó una conferencia a los estudiantes del Colegio Cooperativo del municipio de El Santuario, tras una invitación que le fuera extendida por el personero de la mencionada institución educativa. Según lo previamente convenido, la conferencia debería tratar temas relativos a los "valores" y, en especial, al "respeto, la tolerancia y el crecimiento personal". Para sorpresa de los asistentes, el presbítero centró su discurso en la prohibición bíblica de las prácticas mágicas y la hechicería y el carácter pecaminoso de éstas, para referirse, a continuación, a "un profesor del Colegio Cooperativo" que tenía "pactos satánicos" y estaba ejerciendo "influjos diabólicos" sobre los estudiantes de ese centro de educación. Indica que el sacerdote aseguró conocer alumnos que habían "caído en las garras" del anotado profesor a quienes éste les había enseñado "invocaciones de espíritus infernales" y los había intimidado con sus poderes mentales. Afirmó, incluso, estar enterado del caso de una estudiante que "se había vuelto loca" a causa de estos asuntos. El vicario concluyó su intervención manifestando que el profesor a quien se había referido constituía un peligro y una amenaza para la comunidad educativa, motivo por el cual se hacía necesario que los otros docentes tomaran las medidas adecuadas para "sacarlo del colegio".

Según el demandante, en las horas de la tarde del día en que el sacerdote demandado pronunció la conferencia antes anotada, varios profesores y estudiantes asustados y temerosos se acercaron para comentarle el sentido de las palabras del presbítero, para informarle que éste lo había señalado como un "profesor satánico" y para indagar acerca de la veracidad de las afirmaciones del vicario. Señaló que "algunos me miran con lástima, otros con miedo y unos últimos sin saber qué pensar". Agregó que, pese a las palabras del demandado, algunos docentes y alumnos le manifestaron su solidaridad.

El actor afirmó que, el domingo siguiente, en la homilía de la misa de las diez de la mañana, el sacerdote Juan Carlos Jaramillo retomó el discurso en su contra, intimidando a los pequeños estudiantes que asistían al acto religioso, a quienes les dijo que "en los colegios hay un profesor satánico que está enseñando a los estudiantes a invocar espíritus de vivos y de muertos" y que "no caigan en las garras de ese profesor". Señaló que, ese mismo día, durante la misa de siete de la noche, el demandado repitió sus acusaciones en contra de "el profesorcillo de pacotilla que está enseñando satanismo en algunos colegios". Informó que, con posterioridad, el presbítero Jaramillo se dirigió a toda la comunidad a través de la emisora parroquial para afirmar que sabía de algunos padres de familia que se aprestaban a retirar a sus hijos de los centros educativos en los cuales "trabaja ese profesorcillo de pacotilla que tiene pactos satánicos y enseña la doctrina del demonio a algunos estudiantes" e invitaba a los educadores a "cerrar filas en contra del profesorcillo".

El demandante relató que, al día siguiente, el rector del Colegio Cooperativo, quien había asistido a una de las misas antes anotadas, se dirigió al sacerdote Juan Carlos Jaramillo a fin de que aclarara quién era el profesor contra quien dirigía sus acusaciones. Indicó que el clérigo había respondido "es Rubén, enseña cosas satánicas, dirige charlas de este tipo en la casa, enseña a los alumnos a invocar espíritus y los tiene traumatizados".

Por último, el demandante anotó "¿Cómo es posible que un sacerdote se le suban los humos de 'perfección espiritual' y sin un diálogo abierto dirija todo tipo de ataques contra mi persona? Agregó que era "muy fácil engañar una multitud de personas y dirigir todo un colegio contra mí. Pero, ¿sería capaz de recoger el agua derramada? Algunos padres de familia y alumnos empiezan a mirar las acusaciones con mucha realidad. ¿Cómo rectificar el daño?"

Conforme a lo anterior, solicita que el clérigo demandado "haga público reconocimiento del error cometido en los mismos lugares donde los engendró. De igual manera devolverle a las instituciones afectadas la tranquilidad sobre esta situación como a los mismos fieles de la parroquia. Así mismo enviar oficio de reconocimiento del error a las instituciones donde presto mis servicios para que la comunidad educativa se concientice del fallo".

2. El Juzgado Penal del Circuito de El Santuario practicó los testimonios cuyo contenido se resume a continuación.

2.1. El actor, en diligencia de ampliación de los hechos, señaló que, aunque el padre Juan Carlos Jaramillo nunca mencionó su nombre en forma explícita, en sus comentarios se refirió a "un profesor que trabaja en el Cooperativo y en la Industrial". Anotó que, con esta referencia, sólo podía referirse a su persona, como quiera que sólo dos profesores trabajan al mismo tiempo en el Colegio Cooperativo y en le Instituto Técnico Industrial: él y el señor Miguel Angel Pérez y éste "es un profesor de religión, muy cristiano y muy defensor del dogma católico. Los estudiantes saben eso, o sea que la única opción cae sobre mí y por ello concluyen que se refiere (...) a mí". Señaló que, incluso, el mencionado profesor Miguel Angel Pérez, quien había asistido a la conferencia, le comentó que las palabras del sacerdote habían sido "intimidadoras" y "miedosas" y que los estudiantes habían salido "con miedo del profesor" a quien se había referido el presbítero. Anotó que el profesor Pérez le había manifestado que "estaba completamente en desacuerdo y muy extrañado de que el sacerdote haya hecho ese tipo de conferencias, más que enseñar le metió miedo a todos los estudiantes y ellos entendieron que era contra usted". En relación con la oración que una estudiante le mostrara al padre Jaramillo y que diera lugar a los comentarios de éste en la ya mencionada conferencia, el declarante anotó que la alumna la había copiado a instancias de León Mauricio Medina, uno de sus hijos adoptivos, quien

fue seminarista y se interesa por este tipo de asuntos. Precisó que la oración anotada es una "invocación de Salomón, la cual pertenece a los hebreos" y los nombres que en ella aparecen "pertenecen al conocimiento que los hebreos tenían de Dios". Agregó que tales nombres "significan sabiduría, inteligencia, misericordia, vigor, victoria, eternidad y que es la forma como se presentan distintos atributos de un mismo Dios y no se refiere a divinidades separadas del cristianismo".

Por otra parte, el demandante manifestó que sus estudiantes se han mostrado atemorizados ante su presencia y se ha enterado que, a algunos de ellos, los padres les han aconsejado que eviten acercársele. A este respecto, indicó que "es muy fácil deducir las consecuencias que ésto ha traído para mi desempeño laboral tanto en el Instituto Técnico Industrial como en el Cooperativo y creo que no es ningún pecado el exigirle al sacerdote que reconozca que cuando el rector del Cooperativo lo llamó por teléfono el padre fue enfático al decirle al rector que [el profesor a quien se había referido] era José Rubén Giraldo". Así mismo, puso de presente que el temor que habían suscitado entre los estudiantes los comentarios del sacerdote demandado, determinaron al rector del Colegio Cooperativo a exponer el caso ante las Diócesis de Rionegro, toda vez que "no estaba dispuesto a permitir sacerdotes que fueran a meterle miedo a la comunidad educativa con sus sermones como estaba ocurriendo en el Cooperativo".

A continuación, resaltó la importancia de que el demandado rectificara sus afirmaciones. Ciertamente, "él debe reconocer el error que cometió y el temor, el miedo que sembró con sus palabras. En el diálogo abierto que tuvimos frente a la señora juez reconoció que [yo] era una excelente persona y que los chismes y las habladurías lo habían confundido y sin hacer una investigación previa se dedicó a realizar este tipo de sermones". Así mismo, precisó que, para él, era de vital importancia la retractación del sacerdote, pues "se han hecho tres llamadas anónimas al Instituto Técnico Industrial amenazándome por intermedio del señor rector Héctor Idárraga Cardona quien ya puso la demanda o denuncio en la Sijin de Rionegro. Dieron siete días de plazo al mencionado rector para que ordene mi traslado so pena de sufrir las consecuencias él y mi persona. Si a estas amenazas agregamos lo dicho por el sacerdote no es de extrañar que algún fanático quiera intimidarme porque crea que soy lo que la comunidad ha interpretado. Si el padre se llega a retractar no sólo aclara ante la comunidad sino que me devuelve la tranquilidad y se que por ese lado nada me puede pasar, pero si ésto continúa y no haya aclaración del presbítero seguiré sintiendo que en cualquier hora me van a matar".

Por último, el actor informó que las reuniones que se llevan a cabo en su casa, son organizadas por su hijo adoptivo León Mauricio Medina y que éstas tienen por objeto compartir algunos temas de interés entre amigos. En punto a la oración que dio lugar a los acontecimientos objeto de la acción de tutela, precisó que su hijo la había entregado porque creyó que era apropiada para "meditar y ser mejor" y, en ningún momento, hubo intención de enseñar "cosas satánicas". La oración o conjuro antes mencionada es del siguiente tenor:

> *"En el nombre de Júpiter, padre de todos los dioses, yo te digo: Cosillim (3 veces).*
>
> *Belilin, Belilin, Belilin, antorcha de salvación; quisiera estar junto a tí; el materialismo no tiene fuerza junto a mí.*
>
> *En el nombre de Cristo, por el poder de Cristo, por la majestad del Cristo vivo yo te conjuro.*
>
> *- Padrenuestro.*
>
> *- Tres veces ese (s) respirando.*

¡Potencias del Reino colocáos bajo mi pie izquierdo y en mi mano derecha! ¡Gloria y Eternidad tocad mis hombros y llevadme por la vía de la victoria!

¡Misericordia y Justicia sed el equilibrio y esplendor de mi vida! ¡Inteligencia y Sabiduría dadme la corona!

Espíritus de Malchub, conducidme entre las dos columnas sobre las cuales se apoya todo el edificio del templo; Angeles de Netsah y de Sob afirmadme sobre la piedra cúbica de Iesod.

¡Oh, Gedulael! ¡Oh, Geburael! ¡Oh, Tipheret! Binael sed mi amor; ¡Ruach Hotchmaet sed mi luz, sed lo que tú eres y lo que tú serás! ¡Oh, Kiteriel! ¡Iochim asistidme en el nombre de Saddai Serubin! Sed mi fuerza en el nombre de Adonai. Vení-Eloín sed mis hermanos en el nombre del Hijo el Cristo y por todas las virtudes del Sevaoth Eloín combatid por mí en nombre de Tetragramatom.

Malachim. Depurad mi amor en el nombre. Protegedme en el nombre de Hiotd-He-Yau-He.

Seraphin. Iluminadme en los esplendores de Eloin y de Sheshinai Aralim. Obrad; Ophanim girad y resplandeced; Hajoth Haacadoth, gritad, hablad, rugid, mugid; Kadoth. Kadoth. Saddai. Adonai.

Otchadah eieazerie hageló-dah hayeló-had-Hayeló-had

Amén- Amén- Amén."

2.2. El sacerdote Juan Carlos Jaramillo manifestó ante el juzgado de tutela que había recibido "muchas quejas de padres de familia y de algunos jóvenes de la comunidad estudiantil acerca de temáticas supersticiosas y doctrinas ajenas a la doctrina de la Iglesia que algún profesor estaba proponiendo a los estudiantes". Precisó que la madre de una alumna lo había visitado para contarle que el comportamiento espiritual y religioso de su hija había cambiado súbitamente desde que asistía a un grupo juvenil dirigido por un alumno del Colegio Cooperativo. Indicó que, en principio, no había otorgado mucha importancia a las inquietudes de la señora, hasta el día en que ésta le trajo "en una hoja de cuaderno, una supuesta oración que le habían hecho escribir en ese grupo juvenil". Agregó que, después de leer el papel, "me di cuenta que realmente no se trataba de ningún grupo juvenil de tipo cristiano, sino más bien de un sincretismo religioso de inspiración gnóstica". Relató que había amonestado a la estudiante, "sugiriéndole como padre y pastor de la comunidad que no debería asistir más a esas reuniones y que le avisara y alertara a las otras personas (...) que ese grupo no era de la Iglesia Católica y que es un pecado gravísimo exponer la fe. La joven me hizo caso. Habló con otros integrantes de ese grupo, contó nuestra conversación y se dio por lo que entiendo por terminadas aquellas reuniones en cuanto a la asistencia de esta joven y de otras más". De igual forma, el padre Jaramillo puso de presente que las hermanas del Colegio María Auxiliadora lo habían contactado para manifestarle que habían recibido llamadas anónimas en las cuales le informaban acerca de la participación de algunas alumnas en "reuniones que no eran propias del espíritu de la doctrina católica". Frente a lo anterior, relató que él les había expresado su gran preocupación "por los comentarios que escuchaba acerca de un profesor que amedrentaba a los estudiantes porque supuestamente leía los pensamientos y les expresaba ideas contrarias a la fe de la Iglesia".

De igual forma, el declarante informó que otra madre de familia lo había buscado para informarle que en el Colegio Cooperativo "estaban pasando cosas muy extrañas". Que su hija "no quería volver al colegio porque estaban haciendo invocaciones de espíritus". Indicó que,

el hecho anterior, coincidió con la invitación que el estudiante personero del Colegio Cooperativo le hiciera para dictar una conferencia, oportunidad que aprovechó para exponer a la comunidad educativa las cuestiones antes señaladas. Manifestó que su intervención había consistido en apuntar que "en el colegio están realizando los alumnos prácticas espiritistas, invocando espíritus de vivos y muertos, también se están infiltrando doctrinas exóticas contrarias a la fe de la Iglesia como el gnosticismo y en ésto hay un profesor implicado. Luego leí el capítulo 18 del Deuteronomio donde el autor del texto sagrado condena y declara como detestables delante de Dios a todos aquellos que practican la adivinación, la hechicería, el espiritismo, etc.". Agregó que, en su discurso, nunca mencionó nombre propio alguno y que sólo se había limitado a "proclamar la palabras de Dios" y a "convocar a estudiantes y profesores a ser valientes en la defensa de la fe y a cerrar filas contra aquellos que quieren perturbar con extrañas doctrinas la paz de la unidad de la Iglesia". Resaltó que, al final de la conferencia, varios estudiantes se acercaron para expresarle que sus afirmaciones eran ciertas, toda vez que en el Colegio Cooperativo se llevaban a cabo prácticas espiritistas y que había un profesor que leía los pensamientos de los alumnos a quien llamaban el brujo y metafísico.

El presbítero Jaramillo manifestó que, luego de tres llamadas anónimas referentes a cuestiones tratadas en la conferencia, se había dado cuenta de que sus palabras habían repercutido y que el problema era real, motivo por el cual se decidió a tocarlo nuevamente durante la homilía de la misa dominical. Indicó que "en el sermón mencioné este asunto sin mencionar nombre propio ni de persona ni de institución y me referí a aquel personaje como profesorcillo de pacotilla y alerté a la comunidad diciéndole que no solamente los sacerdotes o las autoridades del municipio somos los responsables de velar por la fe y por la sana sicología de nuestra juventud sino, principalmente, los padres de familia los que deben estar atentos a saber qué cosas enseñan a sus hijos y quienes educan a sus hijos".

Para terminar, enfatizó que nunca se había referido a ningún profesor en particular, razón por la cual si José Rubén Giraldo había resultado identificado luego de la conferencia, ello no podía ser endilgado a sus palabras. Al respecto, apuntó que "de ninguna manera he atentado contra persona particular o institucional de una manera clara y directa (...) ¿por qué pensaron que fue a él a quien yo me refería y no a otro? No me siento culpable en conciencia de haberle quitado la fama, la honra y el buen nombre a persona alguna. Se la quitaron los amigos que le dijeron que de él se trataba este asunto". Agregó que "si yo hubiese querido hacerle daño directamente a la persona o a la institución habría mencionado los nombres y si yo supiera que realmente el profesor tuviera prácticas diabólicas también tenga la seguridad que no me daba miedo denunciarlo ni en público ni en privado".

2.3. En sus declaraciones, los docentes Stella Cano de Hernández, Angela María Restrepo, Beatriz Gómez, Ubaldo Vargas, Martha Vásquez y Miguel Angel Pérez, así como los rectores del Colegio Cooperativo y de la escuela Eusebio María Gómez, Jesús Antonio Quintero y Angel Vargas, respectivamente, coincidieron al manifestar el aprecio y alta estima que, en ellos, suscita el demandante. Algunos apuntaron que tenían "muy buen concepto de él", otros que era "muy humano y comprensivo", que se trataba de "una persona muy equilibrada, seria y responsable", que era "buen compañero", que les merecía "el más elevado concepto", que su conducta era "buena en todo sentido" y que se daba "a querer de la gente". De las apreciaciones anteriores sólo se apartó la profesora Martha Vásquez, quien afirmó que "Rubén es una persona que algo no va a favor de él, que es como satánico (...). A mí me parece raro y loco". Sin embargo, más adelante, apuntó que "es amigo de los alumnos" y que era "humano y serio".

En relación con las creencias y prácticas religiosas de José Rubén Giraldo, los declarantes pusieron de presente que aquél conocía varias religiones cuyos principios explicaba a los alumnos interesados en el tema. Señalaron que estaban enterados de que el actor tenía conocimientos de botánica, de medicina homeopática y de metafísica. El rector de la escuela Eusebio María Gómez indicó que Giraldo Zuluaga "es una persona que aborda el conocimiento de diferentes dimensiones, entre otras la gnosis misma y él habla a los alumnos de las diferentes posibilidades de conocer en forma objetiva pero sin adoctrinar; él no adoctrina respecto a su pensamiento y lo digo con conocimiento de causa porque tengo un hijo que fue alumno de él y recibí una excelente ayuda por parte del profesor para el desarrollo pedagógico de mi hijo, sin que en ningún momento yo percibiera la distorsión de la realidad o que las cosas se tomaran en forma diferente a como deben ser".

Por otra parte, los declarantes que estuvieron presentes en la conferencia o en la misa durante las cuales el sacerdote demandado hizo los comentarios que suscitaron la acción de tutela, manifestaron que habían "escuchado al padre en la misa que se refirió a un profesorcillo que estaba invocando espíritus y que los niños se estaban enloqueciendo por culpa de él" o que el padre había "comenzado a proferir ofensas contra un profesor de pacotilla que estaba enfermando a los niños, que era un peligro para los colegios, que estaba predicando el espiritismo invitando a los alumnos a prácticas satánicas, que los padres de familia tenían que cerrar filas porque un alumno se había enfermado, que estaban llenos de temor los padres de familia y los mismos alumnos". Otros señalaron que "el padre Juan Carlos había hablado acerca de un profesor que estaba haciendo daños a través del gnosticismo y la invocación de espíritus" y que "él no quería gnósticos por ninguna parte aquí en El Santuario, nada distinto al Catolicismo aquí". Así mismo, indicaron que el presbítero Jaramillo se había referido a la prohibición bíblica de llevar a cabo actos de adivinación o de hechicería. El profesor Miguel Angel Pérez afirmó que la conferencia pronunciada por el padre Juan Carlos Jaramillo había sido "muy tremenda" y "muy alarmante". En particular, recordó que se dijo que "niños traumatizados".

Todos los deponentes fueron claros en señalar que, en sus intervenciones públicas, el clérigo demandado nunca se refirió, en forma explícita, a José Rubén Giraldo. Empero, también fueron claros al poner de presente que, de las palabras del sacerdote, era fácil deducir que sus acusaciones se dirigían en contra del demandante. Así, la profesora Angela María Restrepo afirmó que sus alumnos le habían dicho que "el padre se refirió a un profesor y en la forma como lo describe creemos que es el profesor Rubén". La docente Beatriz Gómez señaló que "como [el sacerdote] hablaba de gnosticismo creo que se refería a José Rubén porque José Rubén es gnóstico, daba la impresión de que una cosa daba con la otra, yo entendía muy claro que el padre decía que José Rubén estaba adoctrinando a los alumnos". Según el rector de la escuela Eusebio María Gómez, "el [sacerdote] no dijo nombre alguno. Yo consideré que se trataba de José Rubén porque conozco sus capacidades intelectuales y académicas y además conoce del conocimiento de lo que llaman la gnosis", Martha Vásquez indicó que, "en ningún momento el padre nombró persona alguna. Yo si capté que se trataba de José Rubén, (...), y digo ésto por la forma como es él, uno lo ve muchas veces en las actuaciones". El profesor Miguel Angel Pérez señaló que el sacerdote nunca mencionó el nombre del actor. Sin embargo, añadió "como en la Industrial trabajamos él [Rubén] y yo entonces por deducción uno saca: si yo no soy el que está haciendo eso, entonces ¿quién es?". El rector del Colegio Cooperativo manifestó que el padre Jaramillo le había manifestado en una conversación telefónica posterior a la conferencia que sus acusaciones y advertencias estaban dirigidas contra el demandante.

Varios de los declarantes revelaron al juzgado de tutela que las afirmaciones del presbítero demandado habían causado extrañeza e, incluso, indignación entre el cuerpo docente. La profesora Stella Cano de Hernández apuntó que le había parecido "mal hecho que el padre se refiriera en esa forma". Por su parte, Angela María Restrepo dijo estar ofendida "porque se necesitan elementos fundamentales para hacer un juicio de esta índole y creo que a las personas se les dicen las cosas personalmente y no se publican". La docente Beatriz Gómez informó que, luego de la conferencia, había buscado a José Rubén Giraldo para manifestarle que las palabras del sacerdote lo perjudicaban "porque uno no puede en público lanzar esas acusaciones". Según el rector de la escuela Eusebio María Gómez, las palabras del demandado durante la misa, lo hicieron sentir tan mal que "pensé en salirme de la misa pero por respeto no lo hice".

A su turno, el rector del Colegio Cooperativo señaló que las palabras del padre Jaramillo "no solamente repercuten sobre Rubén sino además sobre los establecimientos educativos, ya que los papás temen enviar a los alumnos al colegio". Angel Vargas indicó que las declaraciones del sacerdote demandado habían tenido repercusiones graves, toda vez que "el profesor [José Rubén Giraldo] se encuentra amenazado de muerte y con este factor en contra se pueden poner peor las cosas, incluso ponerse en peligro la integridad física de él, aquí la gente con sus creencias lo pueden linchar muy fácil". Así mismo, el docente Miguel Angel Pérez manifestó que luego de la conferencia había notado perturbado al demandante porque uno de sus estudiantes le había demostrado temor ya que el padre Jaramillo le había dicho que Giraldo "era un satánico".

Los docentes coincidieron en señalar el gran aprecio que la comunidad del municipio de El Santuario depara al sacerdote Juan Carlos Jaramillo y la gran influencia que éste ejerce sobre sus feligreses.

La generalidad de los declarantes consideraron que la circunstancia que pudo haber suscitado las declaraciones del sacerdote demandado consistió en el incidente ocurrido en el grado octavo A del Colegio Cooperativo, donde a varios estudiantes les fue llamada la atención por estar "invocando espíritus" valiéndose de un lápiz, unas tijeras y un cuaderno. Agregaron que el actor no tuvo nada que ver con estos juegos ni nunca fueron propiciados por éste.

Por último, vale la pena señalar que, el rector del Colegio Cooperativo, manifestó que había participado en alguna de las reuniones que los hijos adoptivos del demandante llevaban a cabo en su casa. Al respecto, señaló que a tales reuniones asistían "personas muy equilibradas" sin que se presentara "ninguna conducta que se pudiera tildar de satánica".

2.4. Alejandro, Tatiana y León Mauricio Medina Bolívar, hijos adoptivos del actor, coincidieron en declarar que su padre era "lo máximo", toda vez que era una persona muy responsable, que los "había educado muy bien" y que no sólo era su padre, sino también su amigo. Así mismo, señalaron que Giraldo Zuluaga no tenía vicios, que los aconsejaba y los ponía en guardia contra los efectos nocivos del alcohol, la droga y las malas compañías. Indicaron que los animaba a orar, a meditar y a ir a misa "cada ocho días". De otro lado, informaron al juzgado que el demandante había estudiado metafísica, filosofía y botánica, al punto que tenía un consultorio particular en su casa, en donde atendía personas en forma gratuita.

En particular, Alejandro Medina indicó que, en su calidad de personero del Colegio Cooperativo, había invitado al padre Juan Carlos Jaramillo a dictar una conferencia a los estudiantes de ese centro educativo, la cual debería versar sobre temas relacionados con los valores. Puso de presente que el tema planeado no fue abordado por el presbítero quien

prefirió referirse a un profesor del Colegio Cooperativo que estaba "haciendo cosas de magia y hechicería" e invocando espíritus. A este respecto, apuntó que por "la forma como él lo dijo, todo el mundo se quedó asustado y me miraban a mí". Agregó que "a mí los alumnos de una me dijeron que el padre se estaba refiriendo a mi papá". Así mismo, opinó que "yo realmente creo que lo del satanismo es mentira, él no bebe, no fuma no tienen esas cosas tan estrambóticas que los brujos tienen realmente, él siempre cuando habla lo hace con claridad". Indicó que, a partir del incidente mencionado, los niños lo han comenzado a mirar con temor.

La joven Tatiana Medina afirmó ante el juzgado de tutela que había asistido a la conferencia del sacerdote demandado, en la cual éste había dicho que "en el colegio había un profesor que hacía cosas satánicas y que los profesores tenían que unirse para sacarlo del colegio, incluso dijo que estaba como leyendo las mentes, que era brujo". Afirmó que, una vez hubo finalizado la conferencia, "todo el mundo le tenía miedo a mi papá". Indicó que "les gustaría que el padre les rectificara y miraran que pruebas hay, dicen que el padre no tiene porqué meterse en lo que no le importa". En relación con las reuniones que uno de sus hermanos organizaba en su casa, anotó que éstas simplemente eran manifestación de un club de amigos, motivo por el cual en ellas no se trataban "temas satánicos" ni cuestiones similares.

Por último, León Mauricio Medina informó que las reuniones que había organizado en su casa tenían como finalidad principal enseñar a los asistentes la necesidad de pensar por uno mismo y de vivir la propia vida. Así mismo, señaló que en tales reuniones también trataba temas de índole religiosa como, por ejemplo, el significado del bautismo. Manifestó que, en una ocasión, suministró a una estudiante de nombre Doris Adiela Atehortúa, quien asistía a las anotadas reuniones, una "conjuración" que servía para protegerse de "las cosas malas". Agregó que, poco después, se había enterado que la madre de Doris había leído la "conjuración", quedando muy preocupada, motivo por el cual acudió al padre Juan Carlos Jaramillo quien, luego de convocar a Doris, le advirtió que ese tipo de conjuros podían dar lugar a la excomunión.

2.5. Igualmente rindieron declaración los estudiantes Fabio Nelson Giraldo Urrea, Jorge Alexander Botero Zuluaga y Doris Adiela Atehortúa Soto. Los dos primeros coincidieron en afirmar que el profesor José Rubén Giraldo siempre les ha enseñado a "manejarse bien" y a "no decir palabras feas". De igual modo, señalaron que "nos ayuda a solucionar muchos problemas en el colegio, es como un amigo, es sano, serio, nunca nos habla con malicia sino con la realidad de como son las cosas". Pusieron de presente que el actor nunca les había enseñado cuestiones de carácter religioso. En relación con los eventos acaecidos durante la conferencia del padre Juan Carlos Jaramillo, afirmaron que éste había dicho que "José Rubén era satánico, es decir que José Rubén dizque invoca al diablo". Precisaron que, aunque el sacerdote no utilizó nombres propios, "pensamos que se dirigía a José Rubén porque él es el único que (...) es gnóstico".

Por su parte, la estudiante Doris Adiela Atehortúa informó que había conocido al profesor José Rubén Giraldo en unas reuniones que se efectuaban en la casa de éste. Señaló que, en esas reuniones, se tocaban temas relacionados con los signos del zodíaco, la reencarnación y el cordón de plata. Respecto al "conjuro" que uno de los hijos del actor le había hecho transcribir, señaló que "Mauricio nos dijo que eran unas conjuraciones para cuando estuviéramos en peligro nosotros podíamos decir algo de eso y no nos pasaba nada". Manifestó que su madre había encontrado el papel en el que había copiado la oración y, muy preocupada, se lo había llevado al padre Juan Carlos Jaramillo. Informó que, días después, "yo fui y hablé con el padre y me dijo que yo estaba en una escuela gnóstica, que lo que estábamos haciendo era cometiendo el pecado, no me acuerdo bien el pecado, como sacrilegio y que sinceramente a él le daba miedo leer lo

que había en el papel. De todas maneras yo me asusté porque yo no creí que eso fuera así, pero no me enfermé". Así mismo, la declarante afirmó que decidió no volver a las mencionadas reuniones porque se había dado cuenta que éstas atentaban "contra los fundamentos de mi hogar y que me dieran de niña. Consideraba yo que iban en contra de mis creencias".

3. Por providencia de septiembre 11 de 1997, el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario denegó el amparo constitucional solicitado por el señor José Rubén Giraldo Zuluaga.

El fallador de tutela estimó que, de la prueba testimonial recaudada, era posible deducir que el demandante "conoce de la filosofía que orienta al movimiento gnóstico" y que sus hijos adoptivos "realizaban en su residencia habitacional reuniones ocasionales con otros jóvenes y fue en ese lugar donde fue entregada la llamada oración o conjuro que originó la protesta y las advertencias [del sacerdote demandado]". Por otra parte, consideró que las declaraciones de estudiantes y profesores ponen de presente que éstos tienen en muy alta estima al actor y coinciden en afirmar que las declaraciones del padre Juan Carlos Jaramillo no hicieron mella alguna en su buen nombre.

El juzgado de tutela anotó que el propio demandante había aceptado, además de ser una cuestión de público conocimiento, el hecho de que, en su casa, se llevaban a cabo reuniones de carácter gnóstico conducidas por sus hijos adoptivos y que en una de esas reuniones había sido entregado el conjuro u oración que había dado lugar las observaciones del sacerdote demandado. Por este motivo, "mal podría esperar que el clérigo al hablar sobre ese tema se refiera en forma velada a él, pues los jóvenes y los compañeros conocían esa verdad, ese actuar y el sacerdote no podía ocultar o deformar la realidad de que debía informar". De igual forma, la mencionada oración constituía una forma de invocación de espíritus, motivo por el cual las apreciaciones del presbítero Jaramillo sobre el particular no se distanciaban de la realidad.

En opinión del juzgador de instancia, la libertad de culto, consagrada en el artículo 19 de la Carta Política, implica el derecho de toda persona a profesar libremente sus creencias sin que éstas sean condicionadas por el Estado o los particulares, razón por la cual "el sacerdote Juan Carlos Jaramillo debe respetar las creencias religiosas ajenas -respecto a los agnósticos, respecto a los ateos, respecto a los politeístas-, así la gran mayoría del pueblo colombiano y de esta comarca sean católicos y reconocer este hecho sólo es obedecer lo ordenado en la Constitución Nacional". Empero, agregó que "el hecho de haber comentado la información que recibió de la madre de la joven Doris Adiela Atehortúa no trae consigo una vulneración del derecho fundamental del buen nombre, de la fama y de la honra, pues tenían como se dijo bases reales".

4. El actor impugnó el fallo de tutela de primera instancia por considerar, fundamentalmente, que de las declaraciones practicadas se extrajeron conclusiones erradas o, bien, fueron apreciadas en forma descontextualizada. En primer término, señala que los testimonios de las personas que estuvieron presentes en la conferencia o en la homilía durante las cuales el sacerdote demandado se refirió a su persona, tienden a coincidir sobre el hecho de que las palabras del demandado tuvieron un carácter ofensivo. De igual modo, anota que aunque el padre Jaramillo nunca mencionó su nombre en forma explícita, sus afirmaciones fueron efectuadas en unos términos que lo señalaban en forma indefectible. Por estos motivos, considera que la afirmación del *a quo* según la cual su honra, su fama y su buen nombre no sufrieron mella alguna carece de asidero. Adicionalmente, puso de presente que las palabras del presbítero sí lo han afectado, como quiera que ha sido amenazado de muerte en tres oportunidades en menos de un mes, los alumnos de los centros educativos en los que labora se muestran atemorizados y algunos padres de familia han prohibido a sus hijos que se le acerquen.

De otro lado, el demandante señaló que el juez de instancia no otorgó ningún valor a las declaraciones de los directivos del Colegio Cooperativo y del Instituto Técnico Industrial, cuando éstos afirmaron que las declaraciones del sacerdote demandado han causado un ambiente de zozobra y temor entre el cuerpo estudiantil. Por último, manifestó su extrañeza al no encontrar en la providencia atacada mención alguna de los resultados del careo practicado por el juzgado de tutela, en el cual el demandado reconoció sus errores y prometió aclarar sus afirmaciones durante la misa de siete del domingo siguiente. Así mismo, indicó cómo algunas personas comentaban "que la tutela salió improcedente cuando apenas se estaban llamando testigos".

5. Mediante sentencia de noviembre 13 de 1997, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia confirmó, en su integridad, la providencia *a quo*.

A juicio del *ad quem*, el derecho a la tranquilidad del actor no resultó conculcado o amenazado como efecto de las declaraciones del sacerdote demandado. Con base en el testimonio del rector del Instituto Técnico Industrial, practicado durante el trámite de la segunda instancia, el Tribunal señaló que las amenazas de que afirmaba ser objeto el actor se produjeron tiempo antes de la conferencia pronunciada por el padre Juan Carlos Jaramillo ante los estudiantes del Colegio Cooperativo.

De otro lado, el fallador de tutela de segunda instancia estimó que las acciones del sacerdote demandado se encontraban justificadas, toda vez que había procedido con base en las quejas recibidas de parte de estudiantes y padres de familia contra el demandante. Anota que el demandado "se sintió moralmente obligado a referirse a aquél en la conferencia y en la homilía, buscando prevenir a la comunidad estudiantil y a sus progenitores de males peores". De igual forma, el *ad quem* resaltó el hecho de que las afirmaciones del presbítero Jaramillo habían sido efectuadas en forma impersonal y que éste nunca había acusado al demandante de ser un brujo o un hechicero, como quiera que se había limitado a leer pasajes del Deuteronomio en torno a la hechicería. En su opinión, al demandado no podía endilgársele la responsabilidad por las deducciones que, con base en sus palabras, hicieran los presentes a la conferencia y a la homilía ya mencionadas.

Por último, el Tribunal señaló que "el buen nombre del profesor ha seguido incólume, como lo pregonan alumnos y sus colegas, sigue siendo éste apreciado y respetado por todos; por lo que no se ha conculcado el mismo (...)."

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

FUNDAMENTOS

1. El señor José Rubén Giraldo Zuluaga es docente del Colegio Cooperativo y del Instituto Técnico Industrial del municipio de El Santuario (Antioquia). En su casa, León Mauricio Medina Bolívar, uno de sus hijos adoptivos, ha llevado a cabo una serie de reuniones en las cuales se han discutido temas de carácter esotérico, relacionados con el zodíaco, la reencarnación y otros asuntos similares, a las cuales no sólo han asistido estudiantes de distintos centros educativos de El Santuario sino, también, directivos de los mismos. En una de estas reuniones, la estudiante Doris Adiela Atehortúa Soto, a instancias del joven Medina Bolívar, transcribió un conjuro de índole cabalística que, supuestamente, al ser recitado, tenía el poder de proteger de todo mal a quien lo recitaba. El padre Juan Carlos Jaramillo, párroco de la Iglesia de San Judas Tadeo, enterado a través de la madre de la estudiante antes mencionada de la existencia del señalado conjuro, convocó a la joven, a quien advirtió, luego de que ésta

le informara acerca de las circunstancias en que lo había obtenido, que este tipo de prácticas esotéricas eran contrarias a la fe de la Iglesia Católica y constituían un grave pecado.

Simultáneamente, varios estudiantes del grado octavo del Colegio Cooperativo fueron reprendidos por las autoridades escolares por haber sido encontrados practicando un juego que consistía en "invocar espíritus de vivos y de muertos" a través de un cuaderno, un lápiz y unas tijeras.

Al parecer, los incidentes anteriores, aunados a una serie de quejas de otros padres de familia y estudiantes, quienes le habían informado que un profesor "leía los pensamientos" y trataba con los estudiantes "temáticas supersticiosas y doctrinas ajenas a la doctrina de la Iglesia", decidieron al padre Jaramillo a alertar a la comunidad acerca de la irregularidad y peligro de estos acontecimientos.

Todas las personas que escucharon las afirmaciones públicas del presbítero y que rindieron declaración ante el juzgado de tutela de primera instancia, coinciden en afirmar que el clérigo efectuó cuatro tipos de señalamientos: (1) aquellos que tendían a indicar, a partir de pasajes bíblicos (Deuteronomio 18, 9-14[1]), que los acontecimientos que estaban ocurriendo en el Colegio Cooperativo constituían intervenciones diabólicas o demoníacas y manifestaciones de hechicería; (2) que, en razón de tales intervenciones, había estudiantes que se estaban "enloqueciendo"; (3) que el causante de todo ello era un "profesorcillo de pacotilla" que tenía creencias "satánicas"; y, (4) que la comunidad docente, así como los padres de familia, debían "cerrar filas" en orden a expulsar al profesor antes mencionado.

El docente Giraldo Zuluaga consideró que, con sus afirmaciones, el sacerdote Jaramillo había vulnerado sus derechos fundamentales a la honra y al buen nombre (C.P., artículos 15 y 21), a la tranquilidad (C.P., artículo 28) y a no ser molestado en sus convicciones y creencias (C.P., artículos 19 y 20), motivo por el cual interpuso una acción de tutela en su contra.

Los jueces de tutela, denegaron el amparo constitucional solicitado al estimar que los derechos fundamentales invocados por el actor no habían sido violados, toda vez que, pese a los comentarios del presbítero demandado, el aprecio y estima sociales con que cuenta el profesor Giraldo Zuluaga, no sufrieron mella alguna. Adicionalmente, el fallador de segunda instancia indicó que las afirmaciones del demandado no habían sido dirigidas contra persona determinada y que éste nunca había acusado directamente al demandante de ser un brujo o un hechicero, como quiera que se había limitado a leer apartes del Deuteronomio en torno de la hechicería.

2. En primer lugar, la Sala considera que pese a que, en sus intervenciones, el padre Juan Carlos Jaramillo, nunca se refirió, en forma explícita, al profesor José Rubén Giraldo Zuluaga, los asistentes a la conferencia estudiantil y a las misas dominicales antes mencionadas entendieron claramente que las acusaciones del sacerdote se dirigían contra el anotado profesor, como quiera que el demandado utilizó giros y expresiones que lo hacían perfectamente identificable.

3. Resta definir si las afirmaciones del sacerdote demandado vulneran los derechos fundamentales del demandante. No obstante, es imperativo resolver previamente las cuestiones

---

[1] "Cuando hayas entrado en la tierra que el Señor tu Dios te va a dar, no imites las abominaciones de aquellos pueblos. Que nadie entre los tuyos sacrifique en el fuego a su hijo o a su hija; que nadie practique la adivinación, la astrología, la hechicería o la magia; que nadie consulte a las ánimas o a los espíritus ni evoque a los muertos. Quien hace esto es detestable ante el Señor. Precisamente por estas abominaciones es por lo que el Señor tu Dios expulsa a esos pueblos de tu presencia. Sé perfecto ante el Señor tu Dios. Esos pueblos que vas a expulsar escuchan a hechiceros y adivinos, pero a ti nada de esto te permite el Señor tu Dios."

atinentes a la procedencia de la acción de tutela, asunto que pasó desapercibido para los jueces de instancia.

Procedencia de la acción de tutela contra representantes de una iglesia o confesión religiosa

4. Conforme al régimen constitucional y legal de la acción de tutela (C.P., artículo 86; Decreto 2591 de 1991), ésta procede contra particulares en los eventos taxativamente señalados en la Carta Política y en la ley (Decreto 2591 de 1991, artículo 42).

Los representantes, pastores o sacerdotes de iglesias o confesiones religiosas no se encuentran expresamente contemplados por las distintas eventualidades de eficacia horizontal de los derechos fundamentales. No obstante, es posible preguntarse si, entre un pastor o sacerdote de una iglesia o confesión religiosa e individuos que no ostentan dicha calidad, es dable que existan situaciones en las que éstos se encuentren en situaciones de subordinación o de indefensión frente a aquéllos (Decreto 2591 de 1991, artículo 42-4).

De manera general, y conforme a la jurisprudencia constitucional, es posible afirmar que en la situación planteada puede descartarse, en principio, la existencia de relaciones de subordinación. Ciertamente, la Corte ha entendido que la subordinación se produce en razón de una *relación jurídica de dependencia*, que coloca a una de las partes en desventaja frente a la otra. En consecuencia, no puede ser calificada como de subordinación, la relación entre un clérigo o pastor de un cierto culto o iglesia y un ciudadano que no pertenece propiamente a los mismos y no se encuentra jerárquicamente subordinado a aquél. A juicio de esta Corporación:

> *"De lo anterior se concluye que en las relaciones que surgen entre un individuo que goza de suficiente capacidad, esto es de suficiente juicio y discernimiento para autodeterminarse en asuntos que comprometen su fuero interno, los cuales conduce según los principios y dogmas que eligió para guiar sus relaciones trascendentales, y los jerarcas o guías espirituales de una determinada iglesia, el primero no se encuentra, necesariamente, en situación de subordinación, pues no está supeditado, so pena de sanción impuesta por el Estado, a cumplir un determinado ordenamiento jurídico o social; acogerse a un determinado ordenamiento moral es decisión que emana de su más íntima convicción, que lo obliga en la medida que establece compromisos consigo mismo, cuyo incumplimiento le producirá aflicción, además de reprobación y repudio que en muchos casos se traducirán en sanciones que le impondrán, no el Estado, sino él mismo y la congregación a la que pertenece."*[2]

Cosa distinta sucede en punto al tema de la indefensión. En efecto, ciertos individuos o entes privados que, en principio, se encuentran en situación de igualdad frente a sus semejantes, en razón de múltiples circunstancias de carácter social, pueden llegar a erigirse en posiciones de supremacía social a partir de la cuales se convierten en agentes proclives a la vulneración de los derechos fundamentales de otras personas quienes, a su vez, carecen de medios de defensa rápidos y efectivos frente a tales actuaciones.[3] Sobre este particular, la Corte ha estimado:

---

[2] ST-474/96 (MP. Fabio Morón Díaz).

[3] Al respecto, *veánse*, las ST-251/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-219/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-622/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-697/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

"Esta excepción a la regla general, en virtud de la cual los conflictos entre particulares han de ventilarse, en principio, mediante las acciones que para ello ha dispuesto la ley - lo cual, en modo alguno, implica que deba desplazarse a la Constitución a la hora de resolver el respectivo conflicto -, se justifica, fundamentalmente, en la defensa efectiva de los valores de libertad e igualdad material. En efecto, la confirmación del hecho según el cual en la sociedad contemporánea existen grupos de dominación cuyo poder puede eventualmente tornarse exorbitante apareja, necesariamente, garantías adicionales para que los individuos que puedan estar sometidos a ese poder no vean afectada su autonomía por la evidente ruptura de la igualdad. Una de estas garantías, quizá la más importante, es la posibilidad que tiene la persona inerme o sometida - jurídica o fácticamente - al poder social de otra, de solicitar el amparo judicial de sus derechos constitucionales fundamentales, a través de una vía preferente y sumaria.

Las expresiones 'indefensión' y 'subordinación' aluden a una posición de desigualdad social que, al tener la virtualidad de comprometer derechos fundamentales, justifica una actuación inmediata del Estado. En este sentido, las definiciones de estos dos conceptos sólo serán acertadas si comportan todo el espectro de posibilidades en las cuales la persona sometida o inerme merece la protección del Estado, sin incluir aquellos casos en los cuales no existen situaciones de supremacía social, bien por que no se encuentra realmente comprometida la autonomía del sujeto, ora por que a su favor militan medios de defensa efectivos que fortalecen su posición."[4]

Conforme a lo anterior, la Sala debe analizar si, en el caso *sub lite*, la relación existente entre demandante y demandado es una relación de igualdad. Si así no fuere, se hará necesario identificar si el grado de asimetría entre ambas partes es de tal magnitud que coloca al actor en situación de indefensión frente al demandado. En caso de llegar a demostrarse que tal fenómeno se produce, la Corte deberá verificar si el ordenamiento jurídico dispone de medios alternativos de defensa idóneos que, de existir, determinarían la improcedencia de la acción de tutela en el presente caso.

5. El sacerdote demandado en el proceso de tutela de la referencia, es un ministro de la Iglesia Católica que lleva a cabo su labor pastoral en el municipio de El Santuario (Antioquia). De las distintas declaraciones recibidas por el juzgado de tutela de primera instancia, es posible colegir el alto grado de apreciación social con que cuenta el padre Juan Carlos Jaramillo y las funciones que desempeña como guía espiritual de una porción importante de la comunidad santuariana.[5]

Además, en el municipio de El Santuario, tal como ocurre en la gran mayoría de los municipios de Colombia, la Iglesia Católica detenta el monopolio de lo religioso. Ello constituye un hecho de carácter histórico y sociológico, que ha sido utilizado como elemento

---

[4] ST-697/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[5] Beatriz Gómez, profesora del Colegio Cooperativo, puso de presente que el clérigo demandado "es muy querido en la comunidad" y que creía que "a él sí lo escuchan en el púlpito" (fol. 11). Según Jesús Antonio Quintero, rector del Colegio Cooperativo, "el padre Juan Carlos tiene mucho poder en este pueblo" (fol. 19). El rector de la Escuela Eusebio María Gómez señaló que "yo lo tenía [al padre Jaramillo] en un concepto muy elevado, en un gran pedestal, inclusive yo venía a la misa por escucharlo a él a pesar de vivir a dos cuadras de la plaza principal" (fol. 21). Para la docente Martha Vásquez, el clérigo demandado "es un padre de verraquera y es de verdad lanzado, cuando él dice una cosa es porque sucedió" (fol. 32). La alumna Doris Adiela Atehortúa Soto indicó que "desde que él [el demandado] llegó me parece un padre super inteligente, super animado, una persona muy querida por el pueblo, tiene mucho carisma" (fol. 37).

de juicio por esta Corporación en algunos pronunciamientos anteriores.[6] Por este motivo, es posible afirmar que, en las condiciones del municipio de El Santuario, los actos y opiniones de los ministros de la Iglesia Católica tienen poca oportunidad de ser controvertidos o puestos en cuestión por otras personas. Esta especial autoridad y supremacía de la Iglesia Católica tiende, como consecuencia natural, a trasladarse a la persona de sus ministros, en tanto voceros autorizados de la misma. Adicionalmente, es posible presumir, de manera razonable, que, los fieles católicos - la mayoría de la población de El Santuario - pueden llegar a creer que los ministros de la Iglesia Católica -a diferencia de otros pastores o de terceras personas- no mienten, como quiera que una de las prohibiciones fundamentales que el dogma católico impone a sus creyentes es la de mentir.[7]

Con base en todo lo anterior, es posible afirmar que el sacerdote Juan Carlos Jaramillo ostenta, dentro de la comunidad del municipio de El Santuario, una posición de supremacía social que proviene no sólo del especial afecto, confianza y credibilidad que tal comunidad le profesa sino, también, del poder de que se halla investido como ministro de la Iglesia Católica. En esta medida, las actuaciones que lleve a cabo en ejercicio de su actividad pastoral cuentan con un *plus* del que carecen los actos e intervenciones de otros ciudadanos. La Sala estima que los argumentos antes planteados son suficientes para concluir que, en el presente caso, existe una situación de asimetría social entre demandante y demandado en la cual el segundo se encuentra colocado en una situación de supremacía frente al primero, a partir de la cual aquél podría incurrir en eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales de éste.

Resta entonces determinar si el actor cuenta con un mecanismo judicial ordinario de defensa que, en forma idónea, permita la protección de los derechos fundamentales cuya efectividad invoca. Dado que lo que el demandante endilga al demandado son una serie de imputaciones que éste considera vulneran sus derechos a la honra y al buen nombre, podría sostenerse que la vía adecuada para debatir estos asuntos estaría constituida por el proceso penal, por medio del cual el juez competente dilucidaría si el sacerdote Juan Carlos Jaramillo incurrió en el delito de injuria (Código Penal, artículo 313) o calumnia (Código Penal, artículo 314).

Sin embargo, a juicio de la Sala, dos razones militan en contra de la eficacia del proceso penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales en este caso. En primer lugar, la jurisprudencia y la doctrina nacionales han sido reiterativas al señalar que el elemento central del delito de injuria está constituido por el *animus injuriandi*, es decir, por el hecho de que la persona que hace la imputación tenga conocimiento (1) del carácter deshonroso de sus afirmaciones y, (2) que tales afirmaciones tengan la capacidad de dañar o menoscabar la honra del sujeto contra quien se dirigen.[326] Empero, con independencia de que exista o no *animus injuriandi*, en materia constitucional se puede producir una lesión. Así, por ejemplo, en el presente caso está comprobado que las intervenciones públicas del sacerdote demandado han consistido en calificar aspectos de la vida personal del demandante que, eventualmente, podrían comprometer sus derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. La vía penal sólo protege determinadas vulneraciones a los anotados derechos fundamentales, al paso que la protección que la Constitución Política depara a los mismos es total. Por esta razón, existen violaciones a la honra y al buen nombre de las personas que, sin llegar a constituir formas de

---

[6] *Véanse*, las SC-027/93 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez) y ST-200/95 (MP. José Gregorio Hemández Galindo).

[7] *Véase*, Exodo 20, 16.

[8] *Véase*, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de septiembre 29 de 1983.

injuria o de calumnia, sí afectan estos derechos y, por ende, autorizan su protección por vía de la acción de tutela, cuando ello es necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En todo caso, al margen de la procedencia eventual de la acción penal, la tutela no puede descartarse como medio apto para brindar protección a la persona que enfrenta amenazas contra su propia vida.

El alto nivel de credibilidad y la presunción de veracidad que ampara las afirmaciones que efectúe el sacerdote demandado, en razón de la posición de supremacía social que ostenta en la comunidad del municipio de El Santuario, y el hecho de que tales afirmaciones pueden tener efectos en un ámbito de la vida personal protegido por la Carta Política, determinan que tengan un impacto mucho mayor del que tendrían afirmaciones hechas por un ciudadano que carece de la relevancia social que ostenta el demandado. En estas circunstancias, el proceso penal constituye un mecanismo de defensa claramente inidóneo frente a la situación de desigualdad antes constatada. Ciertamente, los términos a los que se sujeta el mencionado proceso judicial no se compadecen con la urgencia de la reacción en casos de evidente supremacía social y radio de impacto de quien pronuncia el discurso respecto del presunto afectado. En estos casos, el paso del tiempo sólo serviría para que las afirmaciones hechas se afirmaran en la conciencia colectiva de la comunidad, con grave detrimento de los derechos fundamentales del eventual afectado. De esta forma, sólo la acción de tutela constituye un mecanismo procesal apropiado para que el demandante controvierta judicialmente, en forma rápida y contundente, las afirmaciones que el clérigo demandado ha hecho frente a la ciudadanía del municipio de El Santuario.

Determinado como está que la acción de tutela es el mecanismo procesal apropiado para controvertir las actuaciones del sacerdote demandado, la Sala deberá ocuparse de estudiar si las afirmaciones que éste ha hecho de manera pública vulneran los derechos del demandante.

Límites constitucionales a la libertad del discurso religioso

6. Los hechos del caso plantean una tensión entre los derechos a la libertad religiosa y de expresión del cura párroco y los dersechos fundamentales eventualmente afectados del actor.

Ahora bien, para resolver el presente caso, resulta definitivo identificar, en primer lugar, los límites del discurso religioso protegido por los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de cultos, a fin de determinar si las afirmaciones del sacerdote se producen al amparo o al margen de los mismos.

En opinión de la Sala, el discurso de carácter religioso, es decir, aquel que se produce dentro de una determinada confesión religiosa, por parte de representantes o autoridades de la misma o de sus fieles o prosélitos, con base en los dogmas y documentos sagrados respectivos, se encuentra protegido no solamente por el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto (C.P., artículo 19) sino, también, por la libertad de expresión, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política. Ciertamente, la libertad de expresar, por medio de actos de habla, la específica visión del mundo en la que un determinado grupo religioso se fundamenta y, conforme a ella, calificar los hechos del mundo y la conducta de las personas, pertenezcan éstas o no al grupo, así como la determinación de la conducta de los fieles a partir de los postulados dogmáticos, constituye un derecho que dimana de las dos libertades antes mencionadas.

En este sentido, la ley Estatutaria sobre Libertad Religiosa y de Cultos (Ley 133 de 1994) establece que este derecho fundamental implica, entre otros, el derecho de toda persona "de recibir e impartir enseñanza e información religiosa, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento, a quien desee recibirla; de recibir esa enseñanza e información

o rehusarla" (artículo 6°-g)). Igualmente, la norma antes mencionada determina que las iglesias y confesiones religiosas tendrán derecho "de anunciar, comunicar y difundir, de palabra y por escrito, su propio credo a toda persona, sin menoscabo del derecho reconocido en el literal g) del artículo 6° y manifestar libremente el valor peculiar de su doctrina para la ordenación de la sociedad y la orientación de la actividad humana" (artículo 7°-f)).

En consecuencia, es posible afirmar que, *prima facie*, la Carta Política, no pretende intervenir en la definición del contenido, el curso y la forma que haya de adoptar el discurso de las distintas iglesias, grupos y credos religiosos.

El carácter reforzado que ostenta la protección constitucional del discurso religioso como manifestación de los dos derechos antes anotados, implica que, en principio, resulten protegidas determinadas expresiones que, desde otra perspectiva, podrían ser consideradas, *stricto sensu*, como manifestaciones de intolerancia y que podrían estar localizadas en el límite de lo admisible por otros derechos fundamentales, tales como la honra (C.P., artículo 15) y el buen nombre (C.P., artículo 21). Lo anterior se inscribe dentro de la jurisprudencia establecida por esta Corporación, según la cual en ciertos ámbitos discursivos se admite una mayor protección de la expresión y una consecuente menor intensidad en la protección constitucional de derechos fundamentales como la intimidad, la honra y el buen nombre[9]. A este respecto, la Corporación ha afirmado:

> *"Por lo dicho, no encuentra la Sala que en el ejercicio de divulgación y transmisión de los fundamentos y principios de una determinada religión, y en el ejemplo que sus miembros den a quienes desean atraer siendo fieles a un determinado paradigma de vida, puedan evidenciarse* ***'ataques o agravios'*** *contra los cuales el individuo que goza de suficiente capacidad, esto es suficiente juicio y discernimiento, carezca de medios de defensa judicial; tales prácticas son, sencillamente, manifestaciones del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 de la Carta Política, a profesar libremente una religión y a difundirla en forma individual y colectiva."*[10]

8. Empero, así se trate de una cuestión sometida a una especial protección por parte de la Constitución Política, la expresión libre de las propias ideas religiosas, no constituye un derecho fundamental de carácter absoluto y, por ende, se encuentra sometido a los límites impuestos del propio Estatuto Superior. En efecto, como todo derecho de la persona, la libertad en comento encuentra como límite primigenio los derechos de los demás y el hecho de que no puede ser objeto de abuso por parte de su titular (C.P., artículo 95-1). Lo anterior se encuentra desarrollado por el artículo 4° de la ley 133 de 1994, cuando establece que "el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de cultos, tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así

---

[9] La Corte ha considerado, por ejemplo, que las discusiones que se llevan a cabo en medios estudiantiles, en las cuales distintos interlocutores intentan imponer su respectivo punto de vista, "pueden causar incomodidad o malestar personal pero nunca ser consideradas como violatorias de derechos fundamentales." (ST-028/96 MP. Vladimiro Naranjo Mesa). De igual forma, ha estimado que, en los medios utilizados por docentes y directivas escolares para comunicarse con alumnos y padres de familia, es posible realizar anotaciones que no se ajusten de manera estricta a la realidad, siempre y cuando ello tenga fines estrictamente pedagógicos y no se vulneren los derechos fundamentales de los estudiantes (ST-459/97 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). Consideraciones similares se han hecho con respecto a los debates que se llevan a cabo en el Congreso de la República en los cuales, en ejercicio del control político que la Constitución asigna a ese órgano, son admisibles ciertas afirmaciones que, en otros ámbitos, podrían ofender los derechos fundamentales de los interlocutores (ST-322/96 MP. Alejandro Martínez Caballero).

[10] ST-474/96 (MP. Fabio Morón Díaz).

como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en una sociedad democrática".

9. La libertad de expresión en general y la libertad de expresión religiosa, en particular, reúnen la doble condición de derechos esenciales de todo orden jurídico democrático y, al mismo tiempo de eficaces instrumentos de afectación de los derechos fundamentales de terceras personas. En este sentido, debe afirmarse que las mencionadas libertades, frecuentemente, entran en colisión con otros derechos fundamentales y que, en algunos eventos, constituyen poderosas armas de conculcación de estos últimos. Incluso, puede llegar a afirmarse, como en efecto lo ha hecho la Corte[11], que en contextos de violencia e intolerancia, las personas que se encuentran por fuera de la comunidad mayoritaria o hegemónica y que resultan afectadas por imputaciones injuriosas o calumniosas de representantes de la primera, pueden ver amenazados, por estos hechos, sus derechos a la vida (C.P. artículo 11) y a la integridad personal (C.P. artículo 12).

Sin embargo, en la mayoría de los casos, los derechos que suelen oponerse a la libertad de expresión, son los derechos a la honra (C.P., artículo 21) y al buen nombre (C.P., artículo 15). Según reiterada jurisprudencia de la Corte, los mencionados derechos, forman parte de los derechos de la personalidad, como quiera que constituyen una manifestación directa del principio de dignidad humana (C.P., artículo 1°).[12] A juicio, de esta Corporación, estos derechos tienden a la protección de la buena imagen o el prestigio que un determinado individuo se ha forjado dentro de su entorno social en razón de sus actos y comportamientos. De esta forma, la efectividad de los derechos que se analizan depende, enteramente, de que las acciones personales del titular se ajusten a la imagen que quiere proyectar en la sociedad[13]. Ninguna persona puede reclamar la protección de sus derechos a la honra y al buen nombre si, con sus propias acciones, ha contribuido al deterioro de su propia imagen social.[14]

10. Conforme a lo anterior, las afirmaciones y calificaciones que se efectúen al amparo de la libertad religiosa y de expresión se encuentran limitadas por la efectividad de la dignidad de la persona (C.P., artículo 1°), en tanto principio constitucional fundante del entero orden jurídico colombiano, y de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. En este sentido, a quien emite opiniones o califica conductas conforme a los postulados y dogmas de una específica cosmovisión religiosa le está vedado imputar falsamente (1) hechos que constituyan delitos; (2) que, en razón de su distanciamiento con la realidad, comprometan el prestigio o la propia imagen de las personas que son objeto de tales opiniones; o, (3) calificaciones tendenciosas, que dentro de contextos de violencia o intolerancia, resulten susceptibles de producir una amenaza real y efectiva de los derechos a la vida y a la integridad personal de la persona afectada.

---

[11] ST-066/98 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz)

[12] ST-412/92 (MP. Alejandro Martínez Caballero); ST-512/92 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-047/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-097/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-335/95 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-411/95 (Alejandro Martínez Caballero).

[13] ST-412/92 (MP. Alejandro Martínez Caballero); ST-480/92 (MP. Jaime Sanín Greiffenstein); ST-050/93 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez); ST- 413/93 (MP. Carlos Gaviria Díaz); ST-440/93 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-561/93 (MP. Jorge Arango Mejía); SC-063/94 (MP. Alejandro Martínez Caballero); ST-471/94 (MP. Hernando Herrera Vergara); SU-056/95 (MP. Antonio Barrera Carbonell); ST-096A/95 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); ST-360/95 (MP. Hernando Herrera Vergara); ST-404/95 (Vladimiro Naranjo Mesa); ST-411/95 (MP. Alejandro Martínez Caballero); ST-552/95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

[14] ST-228/94 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); ST-471/94 (MP. Hernando Herrera Vergara); SU-056/95 (MP. Antonio Barrera Carbonell); ST-360/95 (MP. Hernando Herrera Vergara); ST-411/95 (MP. Alejandro Martínez Caballero); ST-552/95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

El juicio de constitucionalidad del discurso religioso

11. De lo dicho hasta ahora puede concluirse que el discurso religioso tiene, en principio, pleno respaldo constitucional, pues se ampara no sólo en la libertad de cultos sino en la libertad de expresión. Sin embargo, existe la posibilidad de que en ejercicio de tales libertades se vulneren derechos fundamentales de terceras personas, como el derecho a la vida y a la integridad personal o el derecho a la honra y al buen nombre. En consecuencia, debe la Corte establecer criterios que le permitan al juez constitucional identificar los eventos en los cuales un determinado discurso, pese a estar formalmente amparado por las libertades de cultos y de expresión, realmente sobrepasa los límites de tales derechos e invade, arbitrariamente, la órbita de otros cuyo titular merece la protección del Estado.

12. En principio, el juez constitucional no tiene competencia para evaluar los dogmas internos de una determinada religión o la adecuación de un determinado discurso a tales dogmas. Tampoco está legitimado para cuestionar la forma cómo cada credo interpreta el mundo, ni los calificativos que, en virtud de cada creencia, pueden aplicarse a determinados hechos, acciones o personas. Una precisa doctrina religiosa puede considerar oprobioso lo que otra puede estimar valioso y, en esa disputa, el Estado y, dentro de este, el juez constitucional, debe permanecer neutral.

No obstante, existen extremos del discurso religioso que pueden, potencialmente, afectar derechos de terceras personas y cuyo control no significa una intromisión del Estado en cuestiones de fe.

En primer lugar, resulta evidente que en el contexto genérico de un discurso religioso puede imputarse a una persona la comisión de actos delictivos o deshonrosos. En estos casos, el discurso excede los límites internos de su credo para entrar a *descalificar* a una persona, no en virtud de particulares dogmas religiosos, sino a partir de las normas de conducta comúnmente aceptadas por la sociedad en su conjunto o de las disposiciones jurídicas. En estos casos, las afirmaciones eventualmente ofensivas para la honra o el buen nombre de un tercero, deben necesariamente estar fundadas en hechos ciertos o empíricamente verificables por un observador imparcial, pues de otra manera, se estaría produciendo una mella injustificada en el prestigio de quien resulta falsamente implicado.

En segundo término, resulta pertinente el control constitucional, en los casos en los cuales se imputa a una persona la comisión de una conducta contraria a ciertos dogmas religiosos -lo que en principio no puede ser objeto de reproche-, pero se hace de manera tal que apareja una grave afectación de la honra, la reputación o incluso la integridad y la vida de la persona, sin que, desde una perspectiva puramente interna, pueda sustentarse la citada imputación. En este caso, el referente de veracidad está constituido por la ocurrencia de los hechos que presuntamente se califican -cuando por su naturaleza puedan ser empíricamente comprobables- y por la adecuación de los mismos a la doctrina religiosa en virtud de la cual se profiere la imputación.

Ahora bien, el principio "*pro libertate*" indica que, en principio, el juicio de constitucionalidad sobre la adecuación interna sea particularmente leve. No obstante, la intensidad del control constitucional deberá variar dependiendo, entre otras cosas, (1) del grado de poder social que ostente el presunto agresor o, en otras palabras, de las posibilidades reales de defensa de la persona eventualmente afectada; (2) de la precisión del contenido de la imputación, de manera tal que el público tenga claridad sobre los actos que se le imputan a una persona y sobre el calificativo que merecen los mismos a partir de los dogmas religiosos que profese; (3) de la *gravedad* del señalamiento, pues no es lo mismo la imputación de una "falta menor" que sólo puede alterar el prestigio de una persona frente a la audiencia más fundamentalista, que la acusación por una falta

grave que ofende el sentimiento religioso de todos los miembros de la comunidad y que, incluso, podría afectar normas de conducta de la sociedad en su conducto o disposiciones jurídicas.

Por último, es importante señalar que en algunos casos las falsas imputaciones trascienden la órbita de los derechos a la honra y al buen nombre y terminan por afectar el derecho a la vida y a la integridad personal del sujeto afectado. En efecto, en contextos de intolerancia religiosa, la consecuencia de falsas imputaciones, estigmatizaciones o señalamientos por parte de las autoridades de la doctrina religiosa hegemónica puede ser la generación de actos de violencia que amenacen los mencionados derechos fundamentales. Por tal razón, el juez constitucional debe ser sumamente cuidadoso al evaluar el contexto social en el que se producen las eventuales afectaciones, para asegurar la protección de la integridad de los derechos fundamentales eventualmente afectados sin llegar a comprometer el ejercicio legítimo a la libertad religiosa.

Al amparo de las reglas mencionadas procede la Corte a realizar el respectivo juicio de constitucionalidad.

El caso concreto

14. Como antes se anotó, la presente acción de tutela se originó a raíz de una serie de intervenciones públicas llevadas a cabo por el sacerdote Juan Carlos Jaramillo en el municipio de El Santuario (Antioquia). Según todas las personas citadas a declarar por el juzgado de primera instancia[15], con excepción del propio demandado, en la conferencia del 21 de agosto ante los estudiantes del Colegio Cooperativo y en las dos homilías del domingo siguiente, el clérigo efectuó cuatro tipos de afirmaciones: (1) aquellas que tendían a indicar, a partir de escrituras bíblicas (Deuteronomio 18, 9-14), que los acontecimientos que estaban ocurriendo en el Colegio Cooperativo constituían intervenciones diabólicas o demoníacas y manifestaciones de hechicería; (2) que el causante de todo ello era un "profesorcillo de pacotilla" que tenía creencias "satánicas"; (3) que, en razón de tales intervenciones, había estudiantes que se estaban "enloqueciendo"; y, (4) que la comunidad docente, así como los padres de familia, debían "cerrar filas" en orden a mantener las prácticas y las creencias propias de la fe católica y a expulsar al profesor antes mencionado.[16]

---

[15] Como puede consultarse en los antecedentes de esta decisión, el juzgado de primera instancia citó a declarar a 16 personas, entre profesores y estudiantes del Colegio Cooperativo.

[16] Las personas que rindieron testimonio ante el juez de primera instancia coinciden en afirmar que las afirmaciones del demandado en el sentido antes anotado fueron del siguiente tenor: "yo escuché al padre en la misa que se refirió a un profesorcillo de pacotilla que estaba invocando espíritus" (fol. 7); "yo escuché que dizque tenía actitudes como de brujo [José Rubén Giraldo]" (fol. 8); "él [el padre Jaramillo] decía que hay profesores que están adoctrinando a los alumnos, (...), como él hablaba del gnosticismo creo que se estaba refiriendo a José Rubén" (fol. 10); "él [el padre Jaramillo] dijo que un profesor del Cooperativo estaba haciendo unas cosas de esas [cosas de magia y hechicería], que miraba a los ojos y que convocaba espíritus y les estaba enseñando a los muchachos eso" (fol. 12); "hasta me comentaron que en la misa él habla de un profesorcillo de pacotilla que hace cosas de brujería" (fol. 12); "que dizque el padre Juan Carlos estaba diciendo en las misas que José Rubén era satánico, es decir que José Rubén dizque invoca al diablo" (fol. 13); "después [el padre Jaramillo] comenzó con la conferencia normal y comenzó a decir que en el colegio había un profesor que hacía cosas satánicas, (...), incluso dijo que estaba como leyendo mentes, que era brujo" (fol. 15); "simplemente dijo [el demandado] que en el colegio habían unas personas que estaban invocando espíritus y que estaban en grupos gnósticos y que eso era del diablo" (fol. 16); "luego otras personas me dijeron que el padre Juan Carlos había hablado acerca de un profesor que estaba haciendo daños a través del gnosticismo y la invocación de espíritus" (fol. 17); "[el padre Jaramillo] comenzó a proferir ofensas contra un profesor de pacotilla que estaba enfermando los niños, que era un peligro para los colegios, que estaba practicando el espiritismo invitando a los alumnos a prácticas satánicas" (fol. 20); "de pronto escuché algo sobre brujería, hechicería" (fol. 31); "el niño le contestó que el padre Juan Carlos le había dicho que José Rubén, que él era un satánico" (fol. 33); "a mi papá en relación con el padre lo afectó que el padre se puso a decir cosas que son mentiras, de hechicero, de mago negro, no tengo las palabras exactas, de magia negra" (fol. 35).

A efectos de llevar a cabo el examen de constitucionalidad de las intervenciones del demandado, es posible señalar que el padre Juan Carlos Jaramillo efectuó tres tipos de afirmaciones: (1) aquellas que tienden a orientar a la comunidad católica en la dirección de mantener la fe y las prácticas ortodoxas y no participar de otro tipo de experiencias; (2) las que llevaron a la audiencia a catalogar al demandante como incitador de actos "satánicos" o "diabólicos", en razón de sus creencias religiosas; y, (3) aquellas que señalan la existencia de casos de traumatismo y enfermedad mental entre la población estudiantil como consecuencia de las prácticas "satánicas" adelantadas por el citado profesor.

La Sala se ocupará, en su orden, de cada una de las cuestiones antes mencionadas.

15. Como fue indicado en el fundamento 7 de esta providencia, en general, el discurso religioso que tiene la finalidad de orientar a los fieles hacia el cumplimiento de los dogmas religiosos y al rechazo de otros que le son contrarios, en nada afecta los derechos fundamentales de las personas. Incluso, quienes son adeptos a las doctrinas rechazadas por un determinado credo no pueden imputar a dicho credo la afectación de algunos de sus derechos. Por el contrario, en el libre juego y exposición de las ideas es natural que doctrinas contrarias se enfrenten en la búsqueda incesante por la captación de más adherentes. A este respecto, la Corporación ha afirmado:

> *"Así, tanto al accionante como al accionado en la difusión de su respectiva religión, la ley les otorga la facultad para divulgar sus creencias y conseguir adeptos valiéndose de los medios que estimen adecuados para ello, como los utilizados por el accionado dentro de la celebración de la misa desde el púlpito, donde ha manifestado su deber de cuidar de 'sus ovejas', y ha llamando la atención acerca de la necesidad de defender la fe católica contra otras creencias como la gnóstica.*
>
> *(...)*
>
> *El hecho de que el Cura Párroco de Ubaque (o cualquier otro Sacerdote de la Iglesia Católica) utilice el púlpito para difundir las ideas de la religión católica y para defenderla de otras religiones, no quiere decir que con ello se esté vulnerando o amenazando el derecho constitucional fundamental a la libertad de cultos, por cuanto es esta misma norma la que le concede completa libertad para difundir su religión de manera individual o colectiva."*[17]

No obstante, en la misma providencia la Corte indicó:

> *"No sobra manifestar con fundamento en lo que se ha dejado consignado anteriormente, que la difusión y profesión de las ideas de la religión o culto de que se trate, sea en este caso particular, la católica o la ciencia gnóstica, ha de hacerse dentro de unos límites enmarcados por el respeto hacia las creencias religiosas ajenas, lo cual no obsta para que quien las transmite a sus feligreses o seguidores, pueda advertirles y enseñarles acerca de como defender y cultivar su respectiva fe en relación con las demás."*[18]

En consecuencia, es fundamental entrar a determinar si las consideraciones particulares realizadas por el cura párroco, en las cuales se califica al actor, y se le adjudica la responsabilidad por hechos relacionados con la salud mental de los jóvenes del municipio, se produjeron dentro de los límites que la Carta impone al discurso religioso.

---

[17] ST-430/93 (MP. Hernando Herrera Vergara).

[18] ST-430/93 (MP. Hernando Herrera Vergara).

16. Quienes asistieron a la conferencia pronunciada por el padre Jaramillo frente al alumnado del Colegio Cooperativo o a las homilías en las cuales este se refirió a los mismos temas tratados en la conferencia, coinciden en afirmar que el sacerdote señaló a José Rubén Giraldo Zuluaga como "satánico", "brujo", "hechicero" e incitador de prácticas "satánicas" y "diabólicas".[19]

Los hechos que parecen haber dado lugar a las afirmaciones del cura párroco fueron: (1) el conjuro cabalístico que Doris Adiela Atehortúa Soto transcribió durante una reunión llevada a cabo en casa del actor (ver *supra*); (2) los juegos "espiritistas" que algunos estudiantes del grado octavo del Colegio Cooperativo llevaron a cabo; y, (3) las creencias gnósticas del profesor José Rubén Giraldo Zuluaga. Ciertamente, de las múltiples pruebas recaudadas, no parece que exista ningún hecho adicional que hubiera originado tales calificativos.

17. Que una religión califique un acto de tal o cual manera es algo que la Corte no puede cuestionar so pena de intervenir ilegítimamente en la esfera de libertad de cada congregación religiosa. Sin embargo, como quedó establecido, el Estado no puede permanecer neutral ante una calificación que, pese a provenir de un representante o una autoridad de una determinada confesión religiosa en ejercicio de sus funciones propias, pueda afectar los derechos fundamentales de un tercero. En estos eventos, el juez constitucional está facultado para evaluar algunos extremos del discurso religioso, como por ejemplo, la precisión de los términos utilizados, a fin de que no se realicen falsas imputaciones o para que no se vulnere impúnemente la imagen o el prestigio que el sujeto ha intentado construir o proyectar dentro de su comunidad o, en fin, para prevenir las eventuales amenazas de derechos como la vida o la integridad personal de quien resulte afectado.

Como quedó establecido, el juicio de constitucionalidad de este tipo de afirmaciones será más intenso según mayor sea el predominio de la congregación de la que provienen respecto del auditorio en el que se emitan y, en general, en la comunidad en la que habita la persona presuntamente afectada. Adicionalmente, la rigurosidad del juicio debe graduarse con arreglo al tipo de reproche formulado. En efecto, será más débil si se trata de la descalificación de una persona a partir de dogmas puramente internos de la congregación y habrá de aumentar la intensidad entre más se alejen de juicios puramente internos y se acerquen a reproches que pueden ser formulados con fundamento en las normas de convivencia generalmente aceptadas por la respectiva comunidad. Ciertamente, el mayor grado de influencia que ejerce la iglesia en la comunidad y la imputación de conductas que además de violar las normas puramente internas de la doctrina religiosa quebrantan las disposiciones éticas o jurídicas aceptadas por la sociedad en general, constituyen factores determinantes para definir el eventual grado de afectación de los derechos fundamentales del tercero involucrado.

18. En el presente caso, las intervenciones públicas del sacerdote demandado se produjeron en dos auditorios distintos: (1) frente a los estudiantes del Colegio Cooperativo; y, (2) frente a los asistentes a una misa dominical. Si bien las audiencias antes mencionadas no podrían ser calificadas como audiencias cautivas, en la medida en que muchos de los asistentes manifestaron, con posterioridad a las intervenciones del presbítero Jaramillo, su franca inconformidad con las afirmaciones de este último, sí constituyen auditorios que, como se examinó más arriba (v. *supra F.J 5*) conceden una gran credibilidad a las afirmaciones del clérigo, reconocen su autoridad pastoral y le manifiestan altas dosis de respeto. Además, debe tenerse en cuenta que el municipio de El Santuario está compuesto por una población mayoritariamente católica y en el que, por ende, la Iglesia Católica detenta una

[19] Ver nota 16 y antecedentes.

posición de mucho peso en materia de ideas religiosas. En estas condiciones, las expresiones públicas de un ministro de la confesión mencionada tienen una importancia inusitada en la construcción de la conciencia colectiva y de la vida pública de la comunidad santuariana.

19. De otra parte, existe coincidencia entre los distintos deponentes -sujetos pasivos del discurso religioso- al señalar que el padre Juan Carlos Jaramillo se refirió a las conductas del demandante como vinculadas al satanismo, la hechicería y la brujería. Los términos y prácticas mencionadas no poseen un significado unívoco. Por el contrario, sugieren una diversidad de conductas que pueden incluir actos de poca importancia como, por ejemplo, la utilización de amuletos hasta, incluso, la comisión de hechos punibles tales como el homicidio de menores o la violación de mujeres. En este sentido, la propia Corte Constitucional, indicó:

> *"Resulta, entonces, que si bien el Estado se halla obligado por las normas constitucionales a permitir que los fieles de las distintas religiones tomen parte activa en los ritos propios de sus creencias, sin obstáculos ni impedimentos, siendo proscrita también cualquier gestión suya encaminada a forzar tales prácticas, pues la conducta oficial debe ser de total imparcialidad, los agentes estatales no pueden permanecer pasivos ante situaciones de esta naturaleza que, desbordando el curso razonable de las ceremonias religiosas, impliquen daño o amenaza a la vida, la integridad personal o la dignidad de los concurrentes o de terceros.*
>
> *Así, por ejemplo, en desarrollo de la función constitucional de las autoridades, que consiste en proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (Artículo 2° C.P.), ellas están obligadas a intervenir cuando los ritos de una congregación o secta puedan implicar la práctica de sacrificios humanos, torturas, atentados contra la salud material o psíquica de las personas.*
>
> *En ese orden de ideas, el fanatismo religioso, que puede conducir al flagrante peligro de los mismos integrantes de una colectividad de creyentes,* ***o los ritos satánicos****, que causan grave daño a la integridad física y moral de los circunstantes, no están comprendidos dentro de la libertad de cultos."*[20] *(negrilla fuera del texto original).*

En suma, la utilización de tales términos supera las fronteras del dogma católico, para adquirir un sentido mucho más amplio en el contexto de las normas éticas e incluso jurídicas de la sociedad en su conjunto. En una época en la cual los medios masivos de comunicación tienden a señalar los excesos y brutalidades llevados a cabo por grupos y sectas satánicas y en la que la existencia de los mismos comienza a convertirse en un problema social preocupante, no deja de ser altamente lesivo para un individuo el que sus conductas sean calificadas conforme a un adjetivo que cualquier persona fácilmente podría interpretar en el sentido antes señalado. Por otra parte, en el presente caso, no obra prueba alguna de que el padre Juan Carlos Jaramillo haya intentado explicitar a su auditorio qué es aquello que, desde la perspectiva bíblica, puede ser considerado como satanismo, hechicería o brujería; lo anterior con el objeto de reducir el ámbito de conductas que resultan sugeridas por los términos empleados.

Adicionalmente, la Corte no puede dejar de advertir que el municipio antioqueño en el que ocurren los hechos objeto de juicio constitucional, se encuentra dentro de una zona del país en la que operan diversos actores generadores de violencia, quienes, en muchas ocasiones, tienden a silenciar la voz de aquellos que se atreven a disentir. Así, por ejemplo, del acervo probatorio contenido en el expediente es posible deducir que El Santuario es uno de aquellos municipios en los cuales los docentes -entre ellos el actor- constituyen el blanco de las

[20] ST-200/95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo)

amenazas e intimidaciones por parte de fuerzas violentas que operan al margen de la ley. Por esta razón, señalamientos públicos como el que ha llevado a cabo el clérigo demandado podrían comprometer la seguridad e integridad personales de un individuo que, como el profesor José Rubén Giraldo Zuluaga, ya ha sido en el pasado objeto de amenazas. En este sentido, uno de los declarantes no dudó en afirmar que "el profesor se encuentra *amenazado de muerte* y *con este factor en contra se pueden poner peor las cosas*, incluso ponerse en peligro la integridad física de él, *aquí la gente con sus creencias lo pueden linchar muy fácil*" (fol. 21). En síntesis, las imputaciones que recaen sobre la conducta del actor pueden originar, adicionalmente, una amenaza de sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal.

Las consideraciones anteriores (fundamentos jurídicos 18 y 19) permiten a la Sala afirmar que en el presente caso debe realizarse un juicio estricto de constitucionalidad.

20. Como se vio, tres son los elementos fácticos que suscitaron los comentarios del padre Jaramillo: (1) el conjuro cabalístico que Doris Adiela Atehortúa Soto transcribió durante una reunión llevada a cabo por el hijo del actor; (2) los juegos *espiritistas* que algunos estudiantes del grado octavo del Colegio Cooperativo llevaron a cabo; y, (3) las creencias gnósticas del profesor José Rubén Giraldo Zuluaga. De la prueba contenida en el expediente es posible deducir que las dos primeras conductas no son imputables, bajo ninguna circunstancia, al actor. Ciertamente, la oración esotérica que la alumna Doris Adiela Atehortúa Soto obtuvo en una reunión en la casa del profesor Giraldo Zuluaga, no le fue suministrada por éste sino por su hijo adoptivo, León Mauricio Medina Bolívar quien, igualmente, era el organizador de tales reuniones. Así mismo, los distintos docentes del Colegio Cooperativo que rindieron su declaración ante el juzgado de tutela de primera instancia, fueron claros al señalar que el profesor José Rubén Giraldo Zuluaga nada tuvo que ver en los "juegos espiritistas" que llevaron a cabo algunos estudiantes del grado octavo del mencionado centro educativo.

Fueron, entonces, las creencias gnósticas de Giraldo Zuluaga las que generaron los comentarios del padre Juan Carlos Jaramillo. O, dicho en otras palabras, el sacerdote demandado, consideró que el "profesorcillo de pacotilla" era "satánico", "brujo" y "hechicero" en razón del tipo de creencias que profesa. Conforme al *test* estricto antes anotado, no parece razonable aceptar que una creencia religiosa particular y distinta a la católica pero que en nada se relaciona con lo que comúnmente se entiende por "satanismo" pueda merecer un calificativo tan amplio, sin ningún tipo de aclaración o limitación, por parte de quien, por su condición de guía espiritual de una comunidad, ejerce una importante influencia social. En efecto, la utilización de un término tan vago que puede implicar la imputación incluso de actos delictivos, sólo puede ser aceptada si el sacerdote Jaramillo hubiera explicado, en forma razonable, que, a la luz de la Biblia, ese tipo de creencias podían ser calificadas con esos adjetivos y, en consecuencia, limitar el uso del lenguaje al ámbito puramente religioso. Empero, como ya se anotó, tal explicación se echa de menos en el presente proceso de tutela.

En suma, al profesor José Rubén Giraldo Zuluaga le fue endilgada una manera de ser que no se aviene a la realidad de su comportamiento social. De este modo, las calificaciones injustas a que lo sometió el sacerdote Juan Carlos Jaramillo vulneraron sus derechos fundamentales, en razón de la utilización de adjetivos que, dado su significado equívoco y la multiplicidad de conductas que pueden llegar a sugerir, podrían conducir a imputar al actor ciertos comportamientos -incluso punibles- en los cuales éste no ha incurrido.

La circunstancia de violencia política e intolerancia religiosa que ha sido anotada (*ver supra F.J. 19*) y la gravedad de las imputaciones realizadas en contra del actor, no permiten descartar que estas se conviertan - descartando desde luego en absoluto que este haya sido el objetivo del discurso religioso - en un detonante de las amenazas que ha venido sufriendo en

contra de su vida y su integridad personal. Como lo afirma alguno de los declarantes citados por el juez de instancia *(folio 21)*, después de las imputaciones realizadas contra el actor, "*aquí la gente con sus creencias lo pueden linchar muy fácil*" (fol. 21).

Resta identificar si el tercer tipo de afirmaciones realizadas por el cura párroco demandado, afectan o lesionan los derechos fundamentales del actor.

21. Según se desprende de las múltiples declaraciones recaudadas por el juez de tutela de primera instancia, el padre Juan Carlos Jaramillo, en sus intervenciones públicas frente a distintos integrantes de la comunidad del municipio de El Santuario, afirmó "que habían niños en el colegio que se estaban enloqueciendo por culpa de un profesor de pacotilla" (fol. 7); "que habían unos niños que estaban enfermos psicológicamente" (fol. 8); "que en el Cooperativo habían muchachos desesperados" (fol. 14); "que habían alumnas que estaban mal psicológicamente hasta el punto que hubo una alumna que se retiró por esta causa" (fol. 18); que habían alcanzado "a captar [en la conferencia] que habían jóvenes que estaban alterados psicológicamente" (fol. 18); "que se estaba enfermando la gente" (fol. 20); que el demandado "comenzó a proferir ofensas contra un profesor de pacotilla que estaba enfermando los niños" (fol. 20); "que habían niñas traumatizadas" (fol. 33); "que inclusive había una niña que tuvo que ir donde el psiquiatra de los puros nervios que tenía y que eso lo estaba haciendo un profesor del Cooperativo" (fol. 33); que "le habían manifestado que yo estaba loca" (fol. 37).

Las afirmaciones antes anotadas, pese a haber sido efectuadas por un ministro de la Iglesia Católica, no pueden ser consideradas como una forma de discurso religioso, como quiera que no constituyen la calificación de una serie de hechos conforme a los postulados de una cierta dogmática sagrada. Por el contrario, ellas constituyen tan sólo la descripción de eventos que, se supone, ocurrieron en la realidad. En esta medida, como antes se vio, su validez constitucional depende de que tal descripción refleje la realidad tal como ella sucedió. Lo anterior, aplicado al caso bajo estudio, implica que pueda demostrarse, siquiera sumariamente, que en el municipio de El Santuario, el actor causó en algunos jóvenes las patologías psíquicas a las que se refirió el padre Jaramillo. Sin embargo, nada en el expediente permite aseverar que tales hechos hayan ocurrido. Por el contrario, como se verá adelante, los testimonios practicados por el juez de instancia permiten pensar que no ha sucedido un sólo caso de afección psicológica por causa del actor.

Al parecer, los hechos que pudieron haber suscitado estos comentarios por parte del sacerdote demandado consistieron en ciertos brotes de nerviosismo entre los estudiantes luego de que algunos alumnos de octavo grado del Colegio Cooperativo se dedicaran a realizar un juego que consistía en "invocar espíritus" por medio de un cuaderno, un lápiz y unas tijeras, conducta por la cual fueron reprendidos por las autoridades escolares. Así mismo, el padre Jaramillo parece haber interpretado la preocupación de la madre de la estudiante Doris Adiela Atehortúa Soto por "los cambios súbitos de comportamiento espiritual y religioso" (fol. 25) de su hija, como una forma específica de patología. En ambos casos, la realidad de los hechos no se compadece con la calificación que de éstos llevó a cabo el religioso demandado y que transmitió a la comunidad de El Santuario. Ciertamente, entre el nerviosismo natural que pudo haber surgido entre el alumnado del Colegio Cooperativo, en razón de los juegos antes anotados, y la existencia de casos de traumatismos y enfermedades psicológicos, existe un largo camino que, en cualquier caso, no resulta probado en el expediente. Por el contrario, varios de los docentes declarantes fueron explícitos al afirmar que nunca habían percibido comportamientos anormales entre los estudiantes del Colegio Cooperativo. Por su parte, la propia Doris Adiela Atehortúa Soto, en su declaración ante la juez de tutela de primera instancia, aclaró que "yo fui y hablé con el padre y me dijo que yo estaba en una escuela gnóstica, que lo que estábamos haciendo era cometiendo el pecado, no me acuerdo bien el pecado, como sacrilegio y que sincera-

mente a él le daba miedo leer lo que había en el papel. *De todas maneras yo me asusté porque yo no creí que eso fuera así, pero no me enfermé*" (fol. 36). Nuevamente, no existe elemento alguno en el acervo probatorio que permita deducir en forma razonable que Doris Adiela Atehortúa Soto se haya "enloquecido" o haya "tenido que ir donde el psiquiatra" como efecto de su asistencia a las reuniones en casa del actor.

Se concluye, entonces, que al profesor José Rubén Giraldo Zuluaga le fue socialmente imputada, en forma injusta, la responsabilidad de haber causado traumatismos y enfermedades mentales a estudiantes del municipio de El Santuario. Dado que se trata de una falsa adscripción de responsabilidad, puede afirmarse que los derechos fundamentales del docente antes mencionado resultaron comprometidos por las afirmaciones del padre Juan Carlos Jaramillo. En efecto, en la medida en que la conducta consistente en causar deliberadamente a otro, en ejercicio de una posición dominante - como la que ostenta el profesor respecto de los alumnos - una patología, se aparta de las reglas de convivencia aceptadas por la sociedad e, incluso, puede llegar a tipificar un delito o una falta disciplinaria en su calidad de docente, debe afirmarse que la falsa imputación afecta la reputación de la persona involucrada y, en las condiciones de violencia del Santuario, puede originar amenazas a la vida y a la integridad personal del actor, como, en efecto, ha venido ocurriendo.

Por estos motivos, la Corte revocará la providencia sometida a su revisión y ordenará al demandado que, en los términos de esta sentencia, proceda a rectificar públicamente sus comentarios.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia de noviembre 13 de 1997, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia y, en su lugar, conceder a José Rubén Giraldo Zuluaga la tutela de sus derechos fundamentales.

Segundo. ORDENAR al sacerdote Juan Carlos Jaramillo, párroco de la Iglesia de San Judas Tadeo del municipio de El Santuario (Antioquia) que, en el término de diez (10) días a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a aclarar, corregir o rectificar sus afirmaciones a fin de garantizar la integridad de los derechos fundamentales del actor.

Tercero. ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que, por el medio más expedito posible, proceda a comunicar el contenido de esta providencia al señor Obispo de la Diócesis de Rionegro, correspondiente a la jurisdicción de Santuario, Antioquía.

Cuarto. LIBRESE comunicación al Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), 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
–Con salvamento de voto–

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998)).

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-263
mayo 28 de 1998

DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA-No afectación por no mención explícita del nombre por sacerdote (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA-Necesidad de probar la afectación del derecho fundamental (Salvamento de voto)

Para que la tutela de cualquier derecho fundamental pueda prosperar en los términos del artículo 86 de la Constitución, es requisito indispensable que se pruebe, sin dejar dudas y sin sujetar el fallo a la especulación o a la imaginación del juez, que en efecto hay una violación o amenaza de aquéllos, por acción u omisión de la persona contra la cual se instaura la demanda.

DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA-Necesidad de identificar a la persona (Salvamento de voto)

En el caso del derecho a la honra y al buen nombre, no puede entenderse conculcado mientras el sujeto a quien se atribuye la violación no haya precisado, en el ámbito de publicidad respectivo, que sus alusiones están dirigidas de manera concreta e indudable a una cierta persona, allí mismo determinada. Las referencias genéricas o vagas, que no identifican a nadie, no atentan contra la honra ni el buen nombre de nadie. Y, por tanto, no cabe reclamo alguno de parte de ninguno de los asociados.

INDEFENSION-Debe probarse respecto de sermón de sacerdote (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA-No se concede contra conductas legítimas de un particular (Salvamento de voto)

LIBERTAD DE CULTOS-Manifestación didáctica y pedagógica de los principios que le contradicen (Salvamento de voto)

Desde la perspectiva de la libertad de cultos, hace parte de ella, además de la prédica de las propias creencias y de aquello que constituye la esencia de la religión que se profesa, la manifestación didáctica y pedagógica de los principios, criterios o comportamientos que la contradicen, que le son opuestos o que atentan contra su verdadera vivencia por la comunidad eclesial de la cual se trata, desde luego, dentro del debido respeto a las ideas religiosas ajenas. Tal acontece con las concepciones gnósticas, que son contrarias a la doctrina católica y que el cura párroco estaba en su derecho de combatir desde el punto de vista religioso, en ejercicio de una garantía constitucional.

Referencia: Expediente T-154300.

Salvo mi voto en el asunto de la referencia por las siguientes razones:

a) No encuentro probado en el caso que el sacerdote contra quien se instauró la acción de tutela haya injuriado u ofendido públicamente y con nombre propio al demandante, ni que en la Homilía de la cual se trata haya atentado contra su honra o su buen nombre.

Por el contrario, en la página cuatro de la Sentencia, el propio actor, en diligencia de ampliación de los hechos, manifiesta que el padre Juan Carlos Jaramillo "nunca mencionó su nombre en forma explícita" y que en sus comentarios sólo se refirió a un profesor "que trabaja en el Cooperativo y en la Industrial". Y de allí deduce el accionante que el aludido era él, puesto que sólo dos profesores dan clase en ambas instituciones, y el otro es "muy cristiano y muy defensor del dogma católico".

La manifestación pública del eclesiástico no puso en tela de juicio el buen nombre del solicitante, pues declararlo así implica partir del supuesto -no probado- de que todos los feligreses necesariamente conocen o conocían no solamente su doble vínculo laboral sino el del otro profesor, la inexistencia de otros docentes en igualdad de circunstancias, el carácter "muy cristiano y muy defensor del dogma católico" de uno de los posibles aludidos y las características contrarias del otro. Y, si esto último es así, mal puede entenderse que el sacerdote hubiera puesto de presente ante su grey algo distinto y nuevo de lo que ya sabía, siendo precisamente el objeto de sus reflexiones el rechazo a comportamientos no aceptados por la religión Católica, precisamente el motivo por el cual el actor consideró que se le afectaba su honra y su buen nombre.

A mi juicio, para que la tutela de cualquier derecho fundamental pueda prosperar en los términos del artículo 86 de la Constitución, es requisito indispensable que se pruebe, sin dejar dudas y sin sujetar el fallo a la especulación o a la imaginación del juez, que en efecto hay una violación o amenaza de aquéllos, por acción u omisión de la persona contra la cual se instaura la demanda.

Y, en el caso del derecho a la honra y al buen nombre, no puede entenderse conculcado mientras el sujeto a quien se atribuye la violación no haya precisado, en el ámbito de publicidad respectivo, que sus alusiones están dirigidas de manera concreta e indudable a una cierta persona, allí mismo determinada. Las referencias genéricas o vagas, que no identifican a nadie, no atentan contra la honra ni el buen nombre de nadie. Y, por tanto, no cabe reclamo alguno de parte de ninguno de los asociados.

Al respecto, la Corte señaló:

> *"Pero la amenaza o violación de un derecho requiere de una acción u omisión imputable a aquel contra quien se endereza el sumario procedimiento de la tutela. Su existencia y el daño que ocasiona deben ser establecidos con certeza para que la decisión judicial pertinente pueda dirigirse inequívocamente a la salvaguarda de los derechos en juego mediante orden de inmediato cumplimiento que recaiga precisamente sobre la conducta -positiva o negativa- que se constituye en causa eficiente de la violación o amenaza.*
>
> *Debe darse, por otra parte, una relación de causalidad entre el acto u omisión que se imputa al demandado y el daño real o la verdadera amenaza del perjuicio que alega el peticionario. Sin ella no hay lugar a la tutela.*
>
> *La violación del derecho al buen nombre está referida por esencia a alguien en concreto, identificado, individualizado, sobre quien recae el concepto público que resultaría lesionado si se hicieran imputaciones en cuya virtud se deteriorara la*

bondad del mismo, la imagen positiva o el criterio favorable generalizado acerca de la persona.

En casos como el presente, es requisito indispensable para que la acción de tutela pueda prosperar que se acredite de manera inequívoca un perjuicio tangible o una amenaza cierta al patrimonio moral o material de quien se dice afectado...". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-440 del 12 de octubre de 1993. M.P.: Doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Luego en esta materia hay un cambio de jurisprudencia que ha debido ser aprobado por la Sala Plena de la Corporación (artículo 34 del Decreto 2591 de 1991).

b) La acción de tutela contra particulares sólo procede, según el artículo 86 de la Constitución, en los casos que la ley establezca, cuando se trate de personas encargadas de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Ninguna de tales hipótesis se encuentra configurada en esta ocasión, como puede verse en los antecedentes del proceso.

Sobre el tema, también se produjo un cambio de jurisprudencia que ha debido darse en Sala Plena, pues en la Sentencia T-430 del 11 de octubre de 1993 (M.P.: Doctor Hernando Herrera Vergara) la Sala Sexta de Revisión, en circunstancias muy parecidas a las que aquí se consideran, profirió un fallo no solo diferente sino contrario al presente.

Señaló entonces la Corporación:

" Encuentra la Corte que en el asunto objeto de revisión, surge como aspecto de especial relevancia para poder considerar su procedencia, la determinación de la viabilidad de la Acción de Tutela contra un particular.

En el presente caso, la acción de tutela fue interpuesta contra unos particulares, representados en el Cura Párroco del Municipio de Ubaque y su asistente, quienes según el accionante, asumieron una serie de actitudes y conductas que violaban su derechos constitucionales fundamentales a la libertad de cultos y a la igualdad ante la ley, tales como los ataques personales y la persecución contra todos los miembros de la ciencia gnóstica, al igual que las presiones contra los directores y profesores de los colegios y escuelas del lugar.

(...)

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta el argumento del peticionario en su líbelo de impugnación, según el cual es procedente la tutela en este asunto por existir una relación de subordinación e indefensión del accionante en relación con el accionado, considera la Corte que ella no se dá, ya que como lo ha establecido la doctrina constitucional sobre la materia, la subordinación es la expresión del vínculo jurídico de dependencia de una persona con respecto a otra, dependencia que no se dá en el presente caso; y de otra parte, el estado de indefensión acaece o se manifiesta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular, en este evento el Cura Párroco se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos suficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración a su derecho fundamental; estado de indefensión que se debe deducir, mediante el examen por el juez de tutela, de los hechos y circunstancias que rodean el caso concreto, y que como lo

señalara el juez de segunda instancia, en virtud de éstos no se puede inferir la existencia de agresión ni amenaza por parte del accionado contra el accionante".

Como puede observarse, mientras en un caso se sostuvo que el hecho de hablar un sacerdote o párroco en el sermón u homilía no implica per se la indefensión de otras personas respecto de él, sino que debe probarse en cada evento concreto, según sus características, ahora se parte del supuesto de que tal indefensión existe por ser el demandado un Ministro de la Iglesia Católica que cuenta con un alto grado de "apreciación social" y por ser "guía espiritual de una porción importante de la comunidad santuariana". Además, porque presume la sentencia que en Santuario, "tal como ocurre en la gran mayoría de los municipios de Colombia, la Iglesia Católica detenta el monopolio de lo religioso".

A propósito, "detentar" significa, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, "retener alguien lo que manifiestamente no le pertenece", "retener y ejercer ilegítimamente algún poder o cargo público". Y, de acuerdo con el Diccionario de Uso del Español de María Moliner, tal palabra tiene el alcance de "usar o atribuirse alguien una cosa, indebida o ilegítimamente".

Estimo peligroso y aventurado, y sobre todo, carente de veracidad, sostener que la Iglesia Católica monopoliza en la mayoría de municipios del país lo religioso, y peor todavía, que lo hace de manera ilegítima, como resulta del vocablo utilizado en el fallo. No se olvide que esa, como las demás confesiones religiosas, ejerce un derecho de rango constitucional y fundamental, garantizado expresamente en nuestra Carta Política, por lo cual no puede afirmarse de ninguna de las religiones que actúan en Colombia, menos aún en una sociedad pluralista, que "detentan el monopolio de lo religioso".

c) El artículo 45 del Decreto 2591 de 1991 señala expresamente: "No se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular".

A mi juicio, el sacerdote contra quien se instauró la tutela obró legítimamente -aún en el supuesto, no establecido, de que hubiera dado públicamente el nombre del profesor-, puesto que se limitó a prevenir a su feligresía sobre los peligros de doctrinas religiosas o antireligosas que, según quejas de varios padres de familia, se estaban difundiendo entre los estudiantes.

Creo que esta Sentencia ha tocado un punto clave de la libertad de cultos y de la libertad de los padres a escoger la mejor educación para sus hijos, pero ha equivocado el análisis.

En efecto, desde la perspectiva de la libertad de cultos, hace parte de ella, además de la prédica de las propias creencias y de aquello que constituye la esencia de la religión que se profesa, la manifestación didáctica y pedagógica de los principios, criterios o comportamientos que la contradicen, que le son opuestos o que atentan contra su verdadera vivencia por la comunidad eclesial de la cual se trata, desde luego, dentro del debido respeto a las ideas religiosas ajenas. Tal acontece con las concepciones gnósticas, que son contrarias a la doctrina católica y que el cura párroco estaba en su derecho de combatir desde el punto de vista religioso, en ejercicio de una garantía constitucional.

Por otra parte, no puede olvidarse que la controversia giraba en torno a la actividad de un profesor, hubiérase dado o no su nombre en relación con alumnos de un colegio de secundaria. El sacerdote, además de tener el derecho, estaba en la obligación de preservar el tipo de educación católica que los padres habían escogido para sus hijos, quienes, en el caso de ser fundadas las quejas, estaban siendo instruidos en prácticas, ritos y conceptos contrarios a las

creencias que sus progenitores les querían inculcar. Y al respecto no puede ser más claro el artículo 68 de la Constitución cuando afirma que "los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores".

d) La tutela se concedió respecto de intervenciones públicas del sacerdote demandado "en dos auditorios distintos: (1) frente a los estudiantes del Colegio Cooperativo; y (2) frente a los asistentes a una Misa dominical" (pág. 33 de la Sentencia) y, sin mayor precisión sobre el escenario en el cual aquél debe cumplir la orden judicial (parte resolutiva, pág. 40 del fallo), se le conmina para que "en el término de diez (10) días a partir de la notificación (...) proceda a aclarar, corregir o rectificar sus afirmaciones a fin de garantizar la integridad de los derechos fundamentales del actor".

Para el suscrito Magistrado no es claro lo que debe decir el sacerdote con el objeto de acatar el fallo, pues resulta innecesario repetir que el nombre del accionante no fue divulgado en público como aquél al que se referían las críticas del eclesiástico en relación con el satanismo o el gnosticismo. ¿Debe, entonces, el párroco mencionarlo? ¿Y con ello no se afectará, ahora sí, el buen nombre del docente, teniendo en cuenta que no lo había individualizado públicamente? ¿Debe indicar que, a juicio del cura párroco, dicho individuo no es gnóstico, que no practica cultos satánicos, o que ni una ni otra conducta son contrarias a las creencias católicas?

Pero, además, si uno de los ámbitos en que debe producirse la rectificación, según resulta de los términos un poco equívocos de la Sentencia, es la Santa Misa, estimo que no podría pretenderse una forzada intervención verbal del sacerdote dentro de los ritos propios de la religión Católica, pues en tal evento se violaría el artículo II del Concordato entre Colombia y la Santa Sede, declarado exequible por esta Corte mediante Sentencia C-027 del 5 de febrero de 1993 (M.P.: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez), a cuyo tenor "la Iglesia Católica conservará su plena libertad e independencia de la potestad civil y por consiguiente podrá ejercer libremente toda su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica, conformándose en su gobierno y administración con sus propias leyes".

Por eso, no creo que el alcance de la providencia sea el de ordenar que, en la Homilía, se produzca la rectificación.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA T-264
mayo 29 de 1998

DERECHO AL MINIMO VITAL DEL PENSIONADO-Inscripción en nómina

No obstante que la jurisprudencia de la Corte ha señalado la improcedencia de la tutela en asuntos laborales, ha admitido su procedencia excepcional, en situaciones en las que el mínimo vital está comprometido, para que la persona a la que se le ha reconocido su derecho a la pensión sea inscrita en nómina, con el fin de recibir el pago oportuno de sus mesadas, en acatamiento al artículo 53 de la Constitución Política.

TUTELA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS-Inclusión en nómina de pensionado

Referencia: Expediente T-154381.

Acción de tutela instaurada por Antonio José Díaz García.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los veintinueve (29) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se revisa el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Cali el 26 de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

I. INFORMACION PRELIMINAR.

El señor Antonio José Díaz García de 84 años de edad, interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales en vista de la negativa de esta entidad en pagarle la pensión por aportes que legalmente se le reconoció en sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el juzgado Quinto Laboral del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Ambas providencias se anexan al expediente.

Relata el actor, que cuando la pensión de jubilación le fue negada inicialmente por el Instituto de Seguros Sociales, procedió a iniciar un proceso ordinario laboral ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali en donde obtuvo fallo favorable el 20 de marzo de 1997. Dicho proveído fue confirmado el 11 de junio del mismo año por el Tribunal Superior del Distrito de Cali, y remitida su copia al I. S.S. con la solicitud respectiva para que se cancelaran las mesadas causadas. Desde esa época hasta la fecha de interponer la tutela, diciembre 9 de 1997, la entidad accionada no había incluido en nómina al accionante, quien ve afectada su salud y su supervivencia ante la negligencia del I. S.S. en reconocer y pagar su pensión de jubilación por aportes.

Pese a los requerimientos hechos a la entidad demandada, el juzgado de instancia no recibió respuesta sobre su proceder.

II. DECISION JUDICIAL REVISADA.

La tutela fue negada mediante providencia del 26 de diciembre de 1997, proferida por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Cali, que la consideró improcedente por cuanto, en su criterio, el actor contaba con otro medio judicial de defensa: la acción ejecutiva en materia laboral, para que se obligue al I.S.S. a satisfacer la obligación.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo en cita, con arreglo a los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y según el Decreto 2591 de 1991.

2. El derecho de quien ha sido reconocido como pensionado a ser inscrito en nómina. El mínimo vital del pensionado.

No obstante que la jurisprudencia de la Corte ha señalado la improcedencia de la tutela en asuntos laborales, ha admitido su procedencia excepcional, en situaciones en las que el mínimo vital está comprometido, para que la persona a la que se le ha reconocido su derecho a la pensión sea inscrita en nómina, con el fin de recibir el pago oportuno de sus mesadas, en acatamiento al artículo 53 de la Constitución Política.

Son aplicables al caso presente los criterios sentados por la Corporación en Sentencia T-426 del 24 de junio de 1992. M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz:

> *"Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital -derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.*
>
> *(...)*
>
> *El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P. artículo 13), sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el "déficit social".*
>
> *El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado (C.P. artículo 2) se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades".*

Es verdad que, como lo expresa el juez de instancia, la vía ordinaria para obtener el pago de la pensión que ha sido reconocida en las sentencias mencionadas, es la del proceso ejecutivo laboral. No obstante, la doctrina constitucional acerca de los requisitos que debe reunir el medio judicial alternativo para desplazar a la tutela ha sostenido que debe ser de tal eficacia que con él se consiga el mismo objetivo de protección inmediata a derechos fundamentales que se logra con el amparo.

Si está de por medio el mínimo vital de una persona de la tercera edad[1], cuyo único ingreso es la mesada pensional, no cancelársela oportunamente o, como ocurre en esta ocasión, ni siquiera incorporar su nombre a la nómina, teniendo ya derecho a reclamar los pagos, según decisiones judiciales que así lo confirmaron, implica grave amenaza para su subsistencia.

Como lo tiene entendido la Corte, la jurisprudencia constitucional ha restringido, con arreglo a la Carta Política, el alcance procesal de la acción de tutela, pero excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales tienen conexidad, en ciertas circunstancias, con pretensiones amparables a través de la acción de tutela:

"Ello se presenta -ha destacado la Corte- *cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales"* (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-111 del 6 de marzo de 1997. M.P.: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

En situaciones tan delicadas como las que presenta el aquí accionante, persona de 84 años de edad, quien carece de todo ingreso y ni siquiera recibe la pensión a que tiene derecho, cabe la acción de tutela, pues como lo ha indicado la Corte, *"someterlo al trámite de un proceso ejecutivo laboral implicaría la prolongación de circunstancias desfavorables que le impiden temporalmente llevar una existencia digna"* (Cfr. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-212 del 14 de mayo de 1996. M.P.: Doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

Desde luego, la protección en tales casos se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues lo que se busca no es sustituir por la tutela el medio judicial ordinario sino impedir que el interesado, pese a su apremiante circunstancia, quede sometido a esperar una sentencia judicial que puede demorar excesivamente y producirse cuando ya el daño ocasionado a su digna subsistencia resulte irreversible.

Ahora bien, no entiende la Corte la inoperancia de la entidad demanda en cumplir las sentencias que tiene en su contra cuando está de por medio la existencia misma de una persona, y por ende la afectación de sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social.

Habida cuenta de la naturaleza del asunto planteado, es urgente conceder la tutela para obtener sin mayores dilaciones el efectivo obedecimiento a lo ordenado por los jueces de la República como culminación de un proceso laboral que, en los términos del artículo 86 de la Constitución, fue en su momento medio de defensa judicial debidamente usado por el interesado, pero inoficioso dado su incumplimiento en lo que concierne a la efectividad del derecho, lo cual excluye la improcedencia de la acción por las razones anotadas.

En tales condiciones, estima la Sala que al resultar inane el medio de defensa judicial indicado por la instancia, 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*

---

[1] Cfr. sentencias T-205 de 1997, T-299 de 1997, T-333 de 1997; T-031 de 1998, T-070 de 1998, T-072 de 1998, entre otras.

*colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (*artículos *4 y 95-1-7 C.P.), se les permita a desconocer las providencias judiciales".*(Cfr. Sentencia T-025 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

IV. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Cali el 26 de diciembre de 1997.En su lugar CONCEDESE, como mecanismo transitorio, la protección de los derechos a la vida, el trabajo y la digna subsistencia del pensionado, cuyo mínimo vital está afectado.

Segundo. ORDENASE al I.S.S. para que, si a la fecha de notificación de esta providencia, no ha dado cumplimiento a lo que se le ha ordenado en las sentencias proferidas por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito y el Tribunal Superior de Cali en lo referente al reconocimiento de la pensión del actor y su respectiva inclusión en nómina, lo haga en el término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas so pena de incurrir en las sanciones que contempla el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero. Se confía al Juzgado Octavo Penal Municipal de Cali la vigilancia y verificación del acatamiento de esta providencia y de la que mediante ella se adopta.

Cuarto. DESE cumplimiento al artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-265
mayo 29 de 1998

DERECHO DE PETICION-Carácter excepcional de aplazamiento de respuesta

Referencia: Expediente T-156105.

Peticionario: Fausta María Sagre de Hoyos.

Demandado: Caja Nacional de Previsión - Seccional Bolívar.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., en la sesión de la Sala Octava de Revisión a los veintinueve (29) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se somete a revisión el fallo proferido por el Juzgado Sétimo Penal Municipal de Cartagena, en el asunto de la referencia.

I.ANTECEDENTES

1. **La demanda de tutela**

El solicitante radicó ante la entidad demandada el 23 de enero de 1997 solicitud de reconocimiento y pago de su pensión de jubilación. Para la fecha de instauración de la tutela, diciembre 23 de 1997, no había recibido respuesta diferente a un fotocopia de un formato preimpreso en el que se le informaba que su petición "será resuelta en un término aproximado de ocho (8) meses, contados a partir de la fecha de presentación" (Folio 13). En tales condiciones se solicita el amparo por estimar vulnerados sus derechos de petición, trabajo, salud y vida.

2. **Decisión judicial adoptada:**

El Juzgado Sétimo Penal Municipal de Cartagena, mediante fallo del 26 de diciembre de 1997, negó la tutela interpuesta merced a que, en su sentir la solicitante "si obtuvo respuesta a su petición, pues, no ha existido silencio por parte de la Dirección de la Caja Nacional de Previsión Social Seccional Bolívar; tal (sic) no obtuvo la respuesta que deseaba, cual era el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, pero sí se le dijo que la misma había sido sometida a los procedimientos establecidos por esa institución para estos menesteres".

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar la sentencia antes relacionada, de conformidad con lo previsto en los artículos 86, inciso 2, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Derecho de Petición: Reiteración del carácter excepcional en aplazamiento de la respuesta

Para esta Corte Constitucional se ha convertido en una suerte de "hábito jurisprudencial" conocer de casos como el que se estudia, dada la ya inveterada costumbre de Cajanal de idear "fórmulas jurídicas" para faltar a su deber constitucional y legal de dar pronta resolución a las peticiones ante ella formuladas. Baste señalar, por ejemplo, que el año anterior de un total de 33.907 tutelas presentas en todo el país, esa entidad acumuló 5473 amparos en su contra (esto es el 16,25%), lo que le representó el dudoso honor de ser la segunda más demandada del país[1] siendo condenada las más de las veces por los jueces de instancia. Lo que pareciera a las claras indicar que en nuestro régimen jurídico, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, este derecho ha venido abriéndose camino para dejar de ser ese "derecho inofensivo" de que hablara el profesor español Pérez Serrano[2] para erigirse en el más invocado conforme a las estadísticas citadas (13746 o lo que es igual un 26,25% para el año anterior) y en una herramienta al alcance de todos.

Ahora bien deberán repetirse, una vez más, los criterios acogidos en constante y reiterada jurisprudencia de acuerdo con los cuales la violación inocultable del artículo 23 Superior, se presenta no sólo por omisión sino también cuando, a través de malabarismos jurídicos, se pretende dar la apariencia de una respuesta formal cuando el fondo del asunto permanece sin decidirse. Esta es justamente la hipótesis en estudio, que no difiere en nada de otras muchas ya decididas por esta Corporación[3] en las cuales se encontró violado el derecho de petición cuando se acudió al fácil expediente de fotocopiar formatos ya impresos donde se anuncia una posterior resolución -diligenciados, como en esta ocasión, a mano los datos personales del interesado- amparándose en una torcida interpretación del artículo 6° del Código Contencioso Administrativo, cayendo en generalizaciones inconsultas contrarias a lo dispuesto en la Constitución. Repetirá, pues, la Corte que:

> *"Quien eleva una petición, en tanto sea respetuosa, tiene derecho a la respuesta y ésta debe ser oportuna -dentro de los términos señalados en la ley-, entrar al fondo del asunto planteado por el peticionario y resolver sobre él, desde luego siempre que el funcionario sea competente para ello.*
>
> *No constituye respuesta y, por lo tanto, salvo el caso excepcionalísimo -que debe hallarse justificado respecto de la petición individual de que se trate- previsto en la segunda parte del artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, implica flagrante desconocimiento del derecho del peticionario aquella manifestación verbal o escrita en el sentido de que se le resolverá después, como ha acontecido en esta ocasión.*

---

[1] Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Unidad de Tutela. Estadísticas de acciones de tutela para 1997 p. 5 y ss.

[2] En Tratado de Derecho Político citado por ALVAREZ CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional , Volumen I, Tecnos, Madrid. 1996 P. 421.

[3] Ver Sentencia T- 296 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada por los fallos: T- 363 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T- 368 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-370 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T- 392 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T- 498 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T- 505 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T- 506 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T- 544 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T- 545 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T- 628 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T- 629 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T- 631 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T- 634 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T- 637 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara y T- 068 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En efecto, dice el artículo citado:

"Las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta". (Se subraya)

Una interpretación laxa de esta disposición llevaría al palmario desconocimiento del artículo 23 de la Carta Política, que, como ya se ha visto, exige pronta respuesta.

Por tanto, su aplicación ha de ser excepcional, extraordinaria, alusiva exclusivamente a la imposibilidad de la administración de contestar dentro del término una determinada y específica petición. Esto es, la autorización legal en comento debe entenderse con criterio restrictivo y de ninguna manera general.

Por eso, no puede convertirse en mecanismo usual y generalizado como el puesto en vigencia por la Caja Nacional de Previsión, entidad que, según se aprecia en las pruebas aportadas, ha mandado imprimir formatos en computador (Ver folios 9 y 10 del expediente), que consagran indiscriminadamente tal fórmula, extensivos invariablemente a todas las solicitudes o, cuando menos, a un buen número de ellas. No, la apreciación acerca de la pertinencia de la norma transcrita debe hacerse en el caso concreto y expresando las dificultades que él ofrece para que, en ese evento, la resolución de la petición no tenga lugar en tiempo.

Con este tipo de argucias se busca mantener vigente el concepto equivocado de que la exigencia constitucional resulta satisfecha con una contestación formal pero en verdad se ha dejado a la persona sin saber a qué atenerse sobre su petición y se ha prolongado abusivamente el término señalado por el legislador para resolver.

El artículo 9 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) remite, en todos aquellos aspectos que su Capítulo III no consagra para las peticiones en interés particular, a las disposiciones del Capítulo II -peticiones en interés general-. Dentro de éste, el artículo 6, con la salvedad excepcional ya comentada, contempla un término de quince (15) días para decidir peticiones como la que constituye materia de examen." (Cfr. Sentencia T- 296 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Ratificados los criterios fijados por la doctrina constitucional -la cual, debe recordársele al juzgado de conocimiento, no se trata de una mera opinión sin carácter vinculante sino de un criterio que *debe* ser seguido por los jueces de la República cuando fallan las tutelas que conocen[4]- procederá esta Sala a revocar la sentencia en revisión, únicamente en lo que hace al derecho de petición, siendo del resorte exclusivo de la Administración decidir si se responderá en sentido afirmativo o negativo, como que este asunto escapa a la órbita propia de competencias del juez de tutela.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto esta Sala 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. REVOCAR la sentencia de veintiséis (26) de diciembre de 1997 proferida por el Juzgado Sétimo Penal Municipal de Cartagena que negó la tutela impetrada por Fausta María

[4] Sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional consultar Sentencia T- 175 de 1997 MP José Gregorio Hernández Galindo.

Sagre de Hoyos contra Cajanal y, en su lugar, conceder la protección constitucional al derecho de petición.

Segundo ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal que en el término improrrogable de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo resuelva de fondo y en todos sus aspectos, positiva o negativamente, la solicitud formulada por Fausta María Sagre de Hoyos.

Tercero. REMITASE copia del expediente y de este fallo al Procurador General de la Nación para lo de su cargo.

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

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-266
mayo 29 de 1998

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia frente a junta directiva de edificio/
TUTELA CONTRA JUNTA ADMINISTRADORA DE CONJUNTO RESIDENCIAL

Procede la tutela contra particulares en la modalidad de subordinación, pues los habitantes de los conjuntos residenciales o edificios, se encuentran en ese estado, respecto de las juntas directivas, en tanto deben acatar las decisiones por aquellas tomadas. Además, las disposiciones contendidas en los reglamentos de propiedad horizontal son obligatorias para todos los habitantes del edificio, y por lo tanto deben cumplir y someterse a las ordenes dadas por quienes de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal deben administrarlo.

ACCION DE TUTELA-Vulneración o amenaza de derechos fundamentales

Si no se logra determinar la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, que haga procedente la tutela como mecanismo de aplicación inmediata, no se puede conceder el amparo solicitado, pues ésta por sí misma tiene sus propias características.

Referencia: Expediente T-154204.

Peticionaria: Dolly Díez de Hincapié

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D. C., a los veintinueve (29) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Octava de Revisión de tutelas, integrada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa, Carmenza Isaza de Gómez y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre el proceso de tutela instaurado por Dolly Díez de Hincapié contra César Orduz y Carmenza Beltrán.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos y pretensiones.

Informa la accionante que los demandados en su calidad de miembros del Consejo de Administración del edificio Macler IV, han vulnerado sus derechos fundamentales a la intimidad, al honor y a la propia imagen, al dar la orden al personal de la portería del mencionado edificio, para que se le retenga la correspondencia y toda clase de encomiendas que le envían, causándole con tal actitud graves perjuicios. En consecuencia, la demandante solicita que se ordene la suspensión inmediata de la acción perturbadora de sus derechos.

B. **DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA.**

El Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 5 de diciembre de 1997, denegó la tutela por improcedente al considerar que si en verdad los hechos narrados por la demandante son ciertos, éstos no vulneran ningún derecho fundamental, y además tampoco procede cuando quien reclama dispone de otros medios de defensa judicial, por lo tanto la conducta asumida por los demandados debe ser debatida por las vías judiciales ordinarias o policiva.

II. COMPETENCIA DE LA SALA.

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar el fallo de la referencia. Su examen se hace en virtud de la selección que de la sentencia de tutela practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se efectuó de conformidad con el reglamento interno de esta Corporación.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

A. **Tutela contra particulares.**

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, consagra los casos en que excepcionalmente procede la tutela contra particulares, esto es, cuando el particular este encargado de la prestación de un servicio público, cuando su conducta afecte grave y directamente el interés público, o cuando respecto de él el peticionario se halle en estado de subordinación o indefensión.

En el presente caso, los demandados ostentan la calidad de miembros de la junta directiva del edificio, y por su parte la señora Beltrán también se desempeña como Administradora del mismo, lo que nos permite determinar la procedencia de la tutela contra particulares en la modalidad de subordinación, pues los habitantes de los conjuntos residenciales o edificios, se encuentran en ese estado, respecto de las juntas directivas, en tanto deben acatar las decisiones por aquellas tomadas. Además, del análisis de la ley 16 de 1985 y del Decreto Reglamentario 1365 de 1986, se desprende que las disposiciones contendidas en los reglamentos de propiedad horizontal son obligatorias para todos los habitantes del edificio, y por lo tanto deben cumplir y someterse a las ordenes dadas por quienes de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal deben administrarlo.

B. **Existencia actual del daño o amenaza de un derecho fundamental.**

En el caso bajo estudio, observamos que la peticionaria manifiesta que los demandados dieron orden de que no le fuera entregada ninguna correspondencia por parte de los porteros, "por que no les cae bien", lo que en su criterio atenta contra su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar; por su parte, los accionados manifiestan que la correspondencia de cada uno de los apartamentos se coloca en las casillas correspondientes para que estos la reclamen, ya que no cuenta con recorredor para el efecto y además, en ningún momento han dado esa orden, a pesar de que la señora tiene a su cargo el 50% de la cartera morosa del edificio cuyo valor asciende a la suma de $6.170.000. Sin embargo, la peticionaria hizo llegar al despacho una comunicación en la que manifiesta que ya le entregaron parte de la correspondencia.

Por lo expuesto, y de acuerdo con los documentos que obran dentro del expediente de tutela, observamos que del estudio del mismo no se puede desprender que en la actualidad se le estén vulnerando los derechos fundamentales a la peticionaria, pues no obra prueba alguna

que nos permita inferir tal afirmación, por lo tanto, si no se logra determinar la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, que haga procedente la tutela como mecanismo de aplicación inmediata, no se puede conceder el amparo solicitado, pues ésta por sí misma tiene sus propias características.

Sobre este mismo tema la sentencia T-403 de 1994, Magistrado Ponente Doctor José Gregorio Hernández Galindo, advirtió:

> *"Ha de insistirse en que las amenazas únicamente pueden dar lugar a la tutela si son graves y actuales, es decir, si en el caso concreto resulta inminente un daño al derecho fundamental en juego sin que su titular esté en capacidad de hacer nada para evitarlo y si, además, el peligro gravita sobre el derecho en el momento en que se ejerce la acción, pues de no ser así, ésta podría ser inútil o extemporánea. De allí que no tengan tal carácter los hechos susceptibles de ser controlados por la propia actividad de la persona ni tampoco los que ya tuvieron ocurrencia, ni los que representan apenas una posibilidad remota o distante."*

Por lo anterior, y ante la ausencia de comprobación de los hechos narrados por la peticionaria, esta Sala de Revisión procederá a confirmar el fallo objeto de revisión, de acuerdo con las consideraciones señaladas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo0 y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, el pasado cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997) dentro de la acción de tutela de la referencia.

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

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA T-267
mayo 29 de 1998

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia frente a asamblea de copropietarios de edificio/**TUTELA CONTRA ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS DE CONJUNTO RESIDENCIAL**-Señal a través de cable

REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Implica propiedad exclusiva y común

Referencia: Expediente T-154675.

Peticionario: Juan Guillermo Jiménez Moreno.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D. C., a los veintinueve (29) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998)

La Sala Número 8 de Revisión de tutelas, integrada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa, Carmenza Isaza de Gómez y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre el proceso de tutela instaurado por Juan Guillermo Jiménez Moreno González, contra la Asamblea General de Propietarios de la Urbanización Balcones y Bosques de la Castellana.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos y Pretensiones

Informa el peticionario que impetra la acción de tutela con el fin de hacer cesar por parte de la Asamblea General de Propietarios de la "Urbanización Balcones y Bosques de la Castellana", ante la cual se encuentra en estado de subordinación e indefensión, el procedimiento que ha adoptado al obligarlo a adquirir en contra de su voluntad, el derecho a una antena parabólica.

De igual forma, manifiesta que en varias oportunidades, ha solicitado a la junta administradora y a la asamblea de copropietarios, que no autoriza la entrada de la señal a su residencia, obteniendo una respuesta negativa bajo el argumento de que es una decisión de la asamblea y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento

Por lo anteriormente expuesto, el demandante solicita la protección de sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, y al libre desarrollo de la personalidad, en consecuencia solicita que se ordene a la Junta Administradora que proceda a interrumpir el envío de la señal de la antena parabólica a su casa y además que se abstenga de cobrar la cuota correspondiente.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

El Juzgado Décimo Penal de Medellín, mediante sentencia del 29 de septiembre de 1997, concedió el amparo solicitado al considerar que la Asamblea General de Propietarios de la

Urbanización Bosques de la Castellana, ha venido vulnerando los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, al mantener en contra de la voluntad del peticionario un servicio sin que exista cláusula o estipulación alguna que así lo indique, además en el reglamento de propiedad horizontal, se observa que la antena parabólica se ofrece como un servicio comunal y sin que se establezca cuota especial alguna para su utilización, por lo que ordenó suspender el servicio en el término de 48 horas.

Impugnada la decisión, conoció en segunda instancia el Juzgado Vigésimo Quinto Penal del Circuito de Medellín, mediante providencia del 1 de diciembre de 1997, confirmó el fallo recurrido, con argumentos básicamente iguales a los expuestos por el *a quo*.

III. COMPETENCIA DE LA SALA.

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar lo fallo de la referencia. Su examen se hace en virtud de la selección que de la sentencia de tutela practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se efectuó de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

A. **Tutela contra particulares.**

La Constitución Política de Colombia, consagró en su artículo 86 la acción de tutela como un medio para lograr la protección de los derechos fundamentales, cuando hayan sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por aquellos particulares frente a los cuales el petente se encuentre en estado de subordinación o indefensión. En el caso bajo estudio, observamos que el peticionario se encuentra en estado de subordinación, pues tiene que someterse a las órdenes impartidas por la Asamblea de Copropietarios, según lo establecido en el reglamento de propiedad horizontal. Lo anterior, permite concluir la procedencia de la actual acción de tutela.

B. **La propiedad horizontal.**

En el caso bajo estudio, se observa que se ha presentado un conflicto entre el peticionario y la Asamblea General de Copropietarios de la "Urbanización Bosques de la Castellana", conflicto suscitado dentro del régimen de propiedad horizontal. Sobre este tema, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, señalando que en la propiedad horizontal concebida como una forma de dominio, se encuentra por un lado la propiedad exclusiva de un inmueble y por otra la propiedad común de las áreas sociales.

Así lo señaló la sentencia T- 233 de 1994, con ponencia del Magistrado, Doctor Carlos Gaviria Díaz:

> *"En efecto: la propiedad horizontal es una forma de dominio que implica, por un lado, la propiedad exclusiva sobre una parte del inmueble -apartamento o piso- , y, por otro, la propiedad común de las áreas sociales -las necesarias para la existencia, seguridad y conservación del edificio-, cuyo dominio pertenece a la persona jurídica que, eventualmente, nace una vez se constituye legalmente este tipo de propiedad o a la comunidad pro indiviso y que es diferente a los propietarios individualmente considerados. La dirección y administración del condominio está a cargo de la asamblea general, integrada por la totalidad de propietarios de los apartamentos o pisos, cuyo representante legal es el administrador*

señalado en el reglamento debidamente legalizado -elevado a escritura pública e inscrito en la oficina de instrumentos públicos-.

"Dicha asamblea general, como órgano de administración y dirección de la unidad residencial encargado de examinar los aspectos generales, económicos y financieros de la copropiedad, tiene la facultad de adoptar las decisiones que conciernen a la comunidad, las que, si se ajustan a los reglamentos, deben ser acatadas por todos."

En este caso, el problema surge a raíz de la decisión tomada por la Asamblea General de la mencionada urbanización, en la que se acordó la instalación de la señal de antena parabólica para todo el conjunto, decisión que el peticionario considera atenta contra sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, pues si bien es cierto la Asamblea tiene la facultad de decidir sobre los asuntos relativos a las zonas comunes, en ningún momento tiene el derecho a decidir los asuntos de carácter privado que surgen en el interior de los inmuebles, pues en el momento en que los afecte necesariamente requieren la autorización de su propietario. De no obtener dicha aprobación, se estaría atentando contra su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, al decidir asuntos que únicamente a él competen.

Sobre este tema, la mencionada sentencia T-233 de 1994, señaló:

"En el caso que ocupa a la Corte, según lo expuesto, la asamblea general del Conjunto Residencial Montana, acordó la instalación de T.V. Cable, (servicio que no está ordenado a las finalidades de existencia, seguridad y conservación de las áreas sociales de la unidad habitacional), no en una de las áreas sociales, como el salón comunal de la urbanización, por ejemplo, sino, por el contrario, como una señal que entra a cada apartamento, para lo que se requiere la autorización del respectivo propietario, que es, según el artículo 15 de la Constitución, el único facultado para decidir sobre el ámbito de su intimidad personal y familiar. *Este permiso no fue concedido por la señora Contreras, en razón de que dicho órgano -junta administradora-, al no permitirle el pago de sus obligaciones, le impidió participar en la asamblea general y en la decisión cuestionada, lo que no sólo conduce a que obligatoriamente debe someterse a las decisiones del órgano competente, sino que la convierte en sujeto pasivo de un proceso ejecutivo, que legalmente puede iniciarle la junta administradora. Como se observa, se trata de un particular -asamblea general de copropietarios- que, apoyado en un reglamento de propiedad horizontal, limita los derechos constitucionales fundamentales de uno de los residentes, excediendo ostensiblemente sus facultades meramente reglamentarias.*

"De tal forma, la Corte considera que con la actuación realizada por la asamblea general, a través de la Junta Administradora de la Unidad Residencial Montana, se conculca el derecho fundamental a la libertad para decidir sobre el ámbito íntimo, personal y familiar, de que es titular la peticionaria, debido a que, en primer término, decide sobre un asunto que sólo a ella compete como propietaria de un apartamento ubicado en el citado conjunto habitacional; y en segundo lugar, porque contra su voluntad la han obligado a adquirir un servicio que no desea". (Negrilla fuera del texto).

Para concluir tenemos, que efectivamente la decisión tomada por la Asamblea General de Copropietarios de la "Urbanización Balcones y Bosques de la Castellana", vulneró los

derechos fundamentales del peticionario, pues no pueden ser bienes comunes del conjunto aquellos que no cuentan con la instalación física de la antena parabólica, sino únicamente con la señal a través de cables; así, obligar al peticionario a ver la mencionada señal, sería atentar contra su intimidad, tal como lo advirtieron las sentencias de instancia siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación. Por lo anterior, esta Sala de Revisión procederá a confirmar los fallos objeto de revisión, con base en las consideraciones expuestas.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR las sentencias proferidas por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Medellín y Vigésimo Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad, el 29 de septiembre y el 2 de diciembre de 1997, respectivamente.

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

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIAS DE UNIFICACION DE TUTELAS DE SALA PLENA MAYO 1998

SENTENCIA SU-182
mayo 6 de 1998

DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS-Señalamiento de los que resultan aplicables y protección por tutela

Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto. La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables. Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros. En conexidad con ese reconocimiento, las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS-No están excluidas de lo que se ajusta a su naturaleza, actividad y funciones

Dentro de las personas jurídicas, las estatales propiamente dichas así como las de capital mixto -público y privado- no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones, toda vez que, por conducto de sus órganos y con indudable repercusión en el interés y en los derechos de los seres humanos, son sujetos que obran con mayor o menor autonomía dentro del cuerpo social, que no

puede menos de reconocer su existencia y su influjo, benéfico o perjudicial según cada caso, como tampoco ignorar sus obligaciones, deberes, cargas y prerrogativas. La persona jurídica pública no es un simple enunciado teórico ni una ficción, como durante algún tiempo lo aceptaron la ley y la doctrina, sino una incontrastable y evidente realidad que las normas no ignoran ejerce derechos y contrae obligaciones.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Función pública

Lo que distingue a las empresas de servicios públicos, más que su naturaleza jurídica específica, que puede ser pública o privada, es la función que cumplen, que en todo caso es pública, si bien, en cuanto sujetos que actúan en el mundo jurídico, son titulares de derechos -entre ellos los fundamentales que les son aplicables- y de obligaciones y responsabilidades. Se trata, como puede verse, de entidades activas, reales e individualizables y no tan sólo de personas virtuales. De su gestión, como sujetos de derecho, depende en buena parte el logro de los objetivos constitucionales de orden social inherentes a la prestación de los servicios públicos, en especial los domiciliarios, de los que hace parte la telefonía. Por tanto, no puede descartarse la posibilidad -tan patente y próxima como la que se tiene en el caso de cualquier ente o individuo gobernado- de que las autoridades, en punto de las funciones que respecto de las empresas de servicios públicos deben ejercer, incurran en actos u omisiones del género previsto en el artículo 86 de la Constitución, que amenacen o violen sus derechos fundamentales.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO-Ejercicio de funciones públicas

En la medida en que las personas jurídicas de Derecho Público ejercen funciones públicas, están supeditadas a la Constitución y a la ley en relación con ellas y por tanto no podrían ejercer acción de tutela para esquivar su cumplimiento ni las responsabilidades inherentes a tal ejercicio, ni tampoco por fuera del ámbito de competencias que les corresponden, pero ello no obsta para que, según ha señalado la doctrina constitucional deba reconocer el juez de constitucionalidad la existencia de principios y derechos de carácter universal a los cuales puede apelarse indistintamente por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. Tal ocurre con los principios objetivos de índole procesal -que desde el punto de vista subjetivo sustentan el derecho de toda persona al debido proceso-, aplicables y exigibles a todos los trámites judiciales y administrativos, en los cuales, si las personas jurídicas de Derecho Público son partes o terceros afectados, tienen derecho fundamental a la plenitud de las garantías constitucionales.

DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ACCESO AL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Alcance

La garantía constitucional que así se define y protege no consiste en nada diferente de impedir que, al iniciarse entre las personas -naturales o jurídicas- una competencia para alcanzar o conseguir algo -lo cual, en la materia objeto de revisión, se relaciona con la prestación de un servicio público mediante el acceso al espectro electromagnético-, alguno o algunos de los competidores gocen de ventajas carentes de justificación, otorgadas o auspiciadas por las autoridades respectivas con criterio de exclusividad o preferencia, o se enfrenten a obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionados

en relación con los demás participantes. El acceso al uso del espectro electromagnético, para emplearlo de conformidad con la gestión que de su manejo y utilización hace el Estado, debe obtenerse por quienes a él aspiren, en un plano de igualdad y equidad, garantizado en diversas formas por el sistema, por fuera del monopolio y la concentración, que la Carta Política de 1991 quiso erradicar.

IGUALDAD ENTRE PERSONAS JURIDICAS-Protección de la igualdad entre individuos de la especie humana

Es evidente que, cuando se protege la igualdad entre personas jurídicas, públicas o privadas, finalmente se ampara la igualdad entre individuos de la especie humana, pues las personas jurídicas deben a aquéllos su existencia y su subsistencia, aun en los casos en que son creadas por el Estado, ya que el objetivo y justificación de éste se encuentra necesariamente referido a la persona humana.

MERCADO DE LIBRE COMPETENCIA EN SERVICIO DE TELEFONIA DE LARGA DISTANCIA-Afectación derechos de los usuarios por interrupción del proceso de creación

LIBERTAD DE CREACION DE EMPRESAS

COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-Omisiones que amenacen o violen derechos fundamentales

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ACCESO AL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Protección por tutela

LIBERTAD DE EMPRESA-Limitaciones

LEY-Igualdad en el contenido y en la aplicación

Referencia: Expedientes acumulados T-141334, T-141745, T-141785, T-142430, T-143410 y T-143426.

Acción de tutela incoada contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por Empresas Municipales de Cali, Empresas Públicas de Pereira, Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, Empresas Públicas de Medellín, Empresas Públicas de Bucaramanga y Edatel S.A.

Magistrados Ponentes: Drs. CARLOS GAVIRIA DIAZ y JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. INFORMACION PRELIMINAR

En diferentes días de los meses de mayo y junio de 1997, los gerentes y representantes legales de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá; Empresas Municipales de Cali (Emcali); Empresas Públicas de Pereira, Empresas Públicas de Medellín, Empresas Públicas de Bucaramanga y Edatel S.A, incoaron acción de tutela contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Las sociedades actoras consideraron que la Comisión vulneraba su derecho a la igualdad porque mientras permitía a Telecom tomar parte en la prestación del servicio de telefonía local, les impedía a ellas entrar a competir en el servicio de telefonía de larga distancia. La

omisión en expedir la regulación que abriera, en larga distancia, la competencia con Telecom, otorgó a ésta, en contra de las ya citadas compañías, una protección injusta de su posición dominante, según se sostuvo en las demandas.

Las empresas peticionarias solicitaron que el juez de tutela ordenara al organismo demandado expedir de manera inmediata la reglamentación necesaria para que se promoviera la indicada apertura en la competencia.

Según las solicitantes, para la prestación del servicio de telefonía, tanto local como de larga distancia, es preciso que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expida la correspondiente reglamentación, tal como lo señalan la Ley 142 de 1994 y las resoluciones 001/93 y 013/94, expedidas por la Comisión.

Mediante la Resolución 036 de 1996, la Comisión expidió la reglamentación necesaria para la prestación del servicio domiciliario de telefonía local, la cual permitió a Telecom prestar dicho servicio en todos los municipios de Colombia, incluidas las ciudades de Santiago de Cali y su zona de influencia; Pereira; Santa Fe de Bogotá y Soacha; Bucaramanga; Medellín y algunos municipios de Antioquia y Chocó. Sin embargo -alegaron-, la Comisión no ha hecho lo indispensable para garantizarles acceso a la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional.

El Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá señaló, además de lo anterior, que, según lo dispone la Ley 142 de 1994, es obligación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones "promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones" (74.3a), "reglamentar la concesión de licencias de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión" (74.3d).

Los actores sostuvieron, igualmente, que en el artículo 25.9 de la Resolución 28 de 1995, expedida por la Comisión, se señaló que los nuevos operadores del servicio de telefonía de larga distancia iniciarían operaciones, a más tardar, el 1° de diciembre de 1996. Sin embargo, a pesar de que entre finales de 1995 y el 3 de junio de 1996 se expidieron algunas resoluciones reguladoras de este asunto, desde el 9 de noviembre de 1996 se dejó de reglamentar la materia.

Consideraron que la omisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la reglamentación del servicio de telefonía de larga distancia "genera una ventaja ilegítima en cabeza de Telecom", por cuanto mientras esta empresa puede prestar su servicio de telefonía local en Cali, Pereira, Santa Fe de Bogotá y Soachá, Medellín, Bucaramanga y Antioquia, las empresas que representan no tienen oportunidad de competirle en el servicio de telefonía de larga distancia. Lo anterior las coloca -reiteraron- en una situación de indefensión, pues no tienen mecanismos para impedir dicha ventaja de Telecom.

Manifestaron, además, que el Ministro de Comunicaciones, el Viceministro y el Coordinador de la Comisión, en una declaración del 26 de febrero de 1997, reconocieron que era "legal, legítima y justa la aspiración de las empresas de telefonía local de ingresar a la competencia en el servicio de larga distancia nacional e internacional". El Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá agregó en su escrito que la importancia de dicha declaración es que, antes de emitida, "ni siquiera se reconocía a la E.T.B. ni a las empresas locales la oportunidad de poder prestar el servicio de telefonía básica de larga distancia, no como entidad descentralizada -no obstante lo dispuesto en el citado artículo 15.6 de la Ley 142-, ni como empresa de servicios públicos pues solo podía ser socia con un determinado porcentaje de una empresa que se constituyera al efecto".

El Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá aseveró también que, a pesar de la existencia de la declaración del Ministro de Comunicaciones, la vulneración a la igualdad de oportunidades persiste. Ello por cuanto se ha manifestado que la aspiración de las empresas de telefonía local de ingresar a la telefonía de larga distancia nacional e internacional solamente puede ser atendida dentro del marco de la ley, lo cual implica que requiere de la reglamentación respectiva y de la obtención de la licencia de concesión que expide el Ministro de Comunicaciones.

Los peticionarios expresaron que el trato desigual denunciado se evidencia en el discurso del Ministro de Comunicaciones del 30 de abril de 1997, en el que señaló que la promoción de la competencia en el servicio de telefonía de larga distancia estaba sometida a las reglas que Telecom había pactado con sus sindicatos en la Convención Colectiva del 8 de agosto de 1996. Para las solicitantes, la Convención es un acuerdo bilateral entre tales partes y no las vincula legalmente a ellas ni a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

II. SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, al resolver sobre la acción de tutela incoada por la Empresa de Telecomunicaciones de la ciudad (Sentencia del 6 de junio de 1997), señaló que, aunque el amparo no procede en principio como instrumento para lograr el cumplimiento de leyes o resoluciones -objetivo que debería perseguirse a través de la acción de cumplimiento-, es procedente interponerla cuando la vulneración de un derecho fundamental "no es exclusiva o que el no cumplimiento de la norma constituya una lesión o amenaza al derecho fundamental del accionante". Adicionalmente, juzga procedente la tutela aplicando el criterio residual, ya que la acción de cumplimiento "no ha sido desarrollada ni reglamentada".

Sostuvo el fallo que si esta acción estuviera reglamentada, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá podría recurrir a ella para "obtener la ejecución de los mandatos contenidos en la Ley 142 de 1994 que dispone la apertura a la libre competencia, en desarrollo de claros preceptos constitucionales, como lo son los artículos 75 y 333, para que por la autoridad competente se dictara la reglamentación necesaria para la concesión de licencias para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional".

Consideró que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones vulneró el derecho a la igualdad de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá al reglamentar la telefonía local y omitir expedir la reglamentación correspondiente en cuanto a la larga distancia nacional e internacional.

Para el Tribunal, a diferencia de lo que se expresa en las intervenciones del Ministro de Comunicaciones y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el servicio de telefonía local no es libre, circunstancia que se pone de presente con la reglamentación expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y con los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994.

De acuerdo con el Tribunal, existe un trato diferente otorgado a Telecom frente a la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, pues mientras que a la primera se le ha permitido competirle a la segunda en el campo de la telefonía local, a ésta no se le permite competirle a aquélla en el servicio telefónico de larga distancia. Este trato no tiene una justificación razonable, ya que no cumple ni con el principio de neutralidad ni con la prohibición de la utilización abusiva de la posición dominante, ambos consagrados en la Ley 142 de 1994. La justificación esbozada por la Comisión de Regulación de Telecomunicacio-

nes -el cumplimiento de la Convención Colectiva pactada entre Telecom y su Sindicato- no es admisible para el Tribunal, porque "busca extender los efectos **inter partes** de un negocio jurídico a terceros, con claro desmedro de preceptos legales y constitucionales".

La Sala Civil del Tribunal ordenó que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, "proceda a elaborar un cronograma de actividades tendientes a que en el término máximo de tres (3) meses, se tomen las medidas pertinentes, para que se restablezca el derecho a la igualdad de las empresas de telecomunicaciones, en cuanto a la prestación de los servicios telefónicos local y de larga distancia en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y Soacha". Aclaró que el amparo constitucional se circunscribía a la situación de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, porque, además del efecto **inter partes** de la tutela, "es claro que solo frente a dicha entidad existe el actual trato discriminatorio".

El 10 de junio de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia resolvió, en el mismo sentido que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, acerca de la acción de tutela presentada por las Empresas Públicas de Medellín contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

El 18 de junio de 1997, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resolvió sobre la acción de tutela presentada por Emcali contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y sostuvo que a ésta se le asignó, mediante el Decreto 1524/94, la función "de establecer los requisitos generales a los cuales deben someterse los operadores del servicio de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional... y de reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional".

Manifestó que la reglamentación de la telefonía local fue debidamente expedida, hecho que permitió a Telecom entrar a competir con Emcali. Sin embargo -dijo-, dado que la reglamentación del servicio de telefonía de larga distancia no ha sido expedida, "se le ha reconocido una posición monopólica en la prestación del servicio a Telecom, lo cual constituye una clara vulneración al derecho a la igualdad de la entidad demandante con respecto a dicho servicio".

En relación con el argumento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones acerca de que los acuerdos realizados entre Telecom y sus trabajadores "son los que han incidido para detener el proceso de apertura del servicio de larga distancia, mediante la omisión de la correspondiente reglamentación", indicó el Tribunal que un acuerdo **inter partes** no puede oponerse para defender el incumplimiento de la ley y, además, "no excusa a la CRT por el incumplimiento notorio, que además acepta, por factores que no pueden ser considerados para la persistente omisión, que ya va para más de tres años".

El Tribunal, en consecuencia, tuteló el derecho a la igualdad de Emcali y ordenó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación, tomara las medidas tendientes a hacer efectivo el derecho a la igualdad de aquélla entidad con respecto a la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional.

El 17 de junio de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira concedió la tutela del derecho a la igualdad de las Empresas Públicas de Pereira. En su sentencia, el Tribunal utilizó argumentos similares a los que adujo el Tribunal de Cali.

Destacó, además, que la Ley 142 de 1994, al regular los instrumentos de la intervención estatal en los servicios públicos, consagra como principio el de la neutralidad, el cual dispone

que "todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina la ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobados". Por lo tanto, estimó que si las razones políticas o de orden público invocadas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que se remitían a la Convención firmada entre Telecom y sus sindicatos no se ajustaban a la Constitución y a la ley, se vulneraba el derecho a la igualdad de oportunidades de las Empresas Públicas de Pereira.

Añadió el fallo que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones cuenta con todos los elementos de juicio para reglamentar la concesión de licencias, tal como lo señala el Ministro cuando manifiesta que, en diciembre de 1996, la firma "Arthur D'little" presentó el "Plan Nacional de Telecomunicaciones", y que ya se han adelantado estudios para lograr la apertura en el menor tiempo posible.

Se ordenó que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, dictara "la resolución pertinente enfocada a continuar el proceso de apertura que interrumpió y en el tiempo prudencial de tres (3) meses produzca la reglamentación para que las Empresas Públicas de Pereira puedan acceder a la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional, y, de reunir los requisitos legales, pueda conseguir la licencia correspondiente".

El 24 de junio de 1997, el Juzgado Sesenta y Ocho Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá tuteló el derecho a la igualdad de Edatel y ordenó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, dentro de las 48 horas siguientes, tomara las medidas indispensables para que en el lapso de sesenta días se hiciera efectivo el derecho a la igualdad de la empresa accionante. En sus consideraciones sostuvo haber solicitado a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que justificara las razones para otorgar un trato diferente a Edatel y Telecom, y dijo que, en su respuesta al Juzgado, dicha Comisión no brindó elementos de juicio suficientes para considerar que el trato diferente era razonable.

El 4 de julio de 1997, el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, anteriormente Juzgado Setenta y Cuatro Civil Municipal, tuteló los derechos de las Empresas Públicas de Bucaramanga. La parte motiva del fallo se formuló en el mismo sentido que la del Tribunal de Cali para la tutela interpuesta por Emcali. Asimismo, la parte resolutiva coincide con las de los otros procesos descritos.

III. DECISIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 16 de julio de 1997, modificó la providencia proferida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el sentido de ordenar a la Comisión que, en un término máximo de 48 horas, elaborara un cronograma del proceso de concesión de licencias para telefonía de larga distancia, con el fin de ajustar los plazos previstos en la Resolución 054.

La Sala señaló que los criterios básicos que tuvo en cuenta el Congreso al expedir la Ley 142 de 1994 fueron, entre otros, el reconocimiento de que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y el deber del Estado de asegurar su prestación a todos los habitantes del territorio nacional, garantizando cobertura, eficiencia y calidad de los servicios. Expresó que el logro de estos objetivos dependía, en parte, de la libertad para participar en la prestación de los servicios públicos, del ofrecimiento de garantías para la competencia en su prestación, y de la existencia de "control sobre los prestatarios de los servicios en calidad de monopolio para evitar abusos en la posición dominante; vigilancia sin obstrucciones burocráticas, y sanciones eficaces para los infractores de las normas".

La Corte Suprema estimó que la derogatoria de la Resolución 54, que regulaba el procedimiento de concesión para que pudieran establecerse operadores de larga distancia, "paralizó el proceso de apertura en relación con este servicio, rompiendo así la igualdad frente a la competencia en la telefonía local, regulada a través de las Resoluciones 35 y 36".

Por otra parte, consideró el tribunal de segunda instancia que las diferencias existentes entre los servicios de telefonía local y los de telefonía de larga distancia, no implicaban que también la regulación de la competencia debiera ser diversa, ya que, "de un lado, se desconocerían principios rectores de la Ley 142 de 1994 en cuanto a la eficiencia de los servicios, abuso de la posición dominante y consagración de monopolios, y de otra parte, se eliminaría toda posibilidad de libertad de competencia en el servicio de telefonía pública de larga distancia nacional e internacional, rompiéndose el respeto del principio de neutralidad con el fin de que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación del servicio y, según lo fija claramente, como criterio orientador de la intervención estatal el numeral 3.9 del artículo 3 de la citada ley".

Según la Corte Suprema, existió una clara violación del derecho a la igualdad de oportunidades de las empresas demandantes, y expresó que "dejar sin efecto la reglamentación tantas veces señalada, cuando expedirla oportunamente es una de las funciones que le corresponden por ley, y que, para el caso de la prestación del servicio de telefonía local por parte de Telecom sí fue cumplida, es un claro acto de discriminación".

El juez de segunda instancia recordó que la Ley 142 exige que las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos se funden en los motivos que determine la ley, y que las razones que se invoquen sean comprobadas. A su juicio, dichos mandatos no se respetaron, toda vez que el Coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministro de Comunicaciones justificaron la suspensión del proceso de apertura con base en razones de conveniencia que no fueron bien explicadas y que estaban centradas, según parece, "en el cumplimiento de las cláusulas de la Convención Colectiva firmada entre Telecom y su Sindicato", lo cual resulta ser inaceptable porque implica la subordinación de la Constitución y la ley a los intereses de las organizaciones sindicales, y el desconocimiento del postulado constitucional "según el cual es deber de las autoridades organizar los servicios en la forma que mejor convenga a los usuarios".

La Corte Suprema afirmó que la Resolución 057 del 9 de noviembre de 1996 era ineficaz por ser contraria a la Constitución y que, por tal motivo, la Resolución 054 del 1 de noviembre de 1996, recobraba plenamente su vigencia, "correspondiéndole a la Comisión, mediante cronograma que expida al efecto, hacer los ajustes en el tiempo para que los plazos previstos en la citada Resolución tengan cumplimiento en cada caso, teniendo en cuenta además los proyectos y observaciones presentados hasta la fecha en cumplimiento del fallo de tutela del Tribunal".

La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 17 de julio de 1997, resolvió en idéntica forma la impugnación presentada contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. En la misma fecha, dicha Sala confirmó la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia negó la solicitud de nulidad presentada por el apoderado de Telecom contra la decisión del Tribunal Superior de Pereira. Sostuvo que no se vulneró el derecho de defensa de tal entidad, ya que del hecho de que pueda intervenir en el proceso como coadyuvante, no se desprende para el juez la obligación de citarlo al mismo, pues la tutela está dirigida contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 29 de julio de 1997, confirmó en su integridad la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con base en similares criterios a los aludidos, y tuvo en consideración también los procesos de nulidad que cursan en la Sección Tercera del Consejo de Estado contra las resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, especialmente la 28 de 1995 y la 14 de 1994. Además, respecto de la Resolución 054 del 1 de noviembre de 1996, manifestó la Sala que la Comisión decidió derogarla por medio de la Resolución 057 del 6 de noviembre del mismo año, sin motivación alguna, por cuanto la Comisión expuso como única razón para ello que lo "ha considerado conveniente". Para la Sala tal acto del demandado es "violatorio de las exigencias que en el cumplimiento de sus funciones le impone la Ley 142 de 1994", y genera una desigualdad indefinida entre las demás empresas descentralizadas frente a Telecom, en tanto le asegura a esta última entidad un monopolio no permitido por la Constitución.

Concluyó que la Resolución 057 del 9 de noviembre de 1996, violaba la Constitución y la ley, "debiéndose por tanto aplicar al respecto la excepción de inconstitucionalidad, a fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del citado acto administrativo y cese la vulneración al derecho de igualdad cuyo amparo se reclama".

Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, mediante fallo del 6 de agosto de 1997, confirmó integralmente el del Juzgado 68 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, y decidió no acceder a las pretensiones del apoderado de Telecom.

El 19 de agosto, también el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá confirmó en su integridad el fallo del Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, en virtud del cual se tuteló el derecho a la igualdad de las Empresas Públicas de Bucaramanga. Aclaró que, aunque la ley 393 de 1997 reglamentó la acción de cumplimiento, al momento de haberse propuesto la acción de tutela tal reglamentación aún no se encontraba vigente, razón por la cual era procedente la protección constitucional por la vía consagrada en el artículo 86 de la Carta.

Así mismo, denegó la solicitud de nulidad propuesta por el apoderado de Telecom contra la decisión del Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, con base en los mismos argumentos que la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema expuso al denegar la solicitud de nulidad formulada por Telecom contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Cabe anotar que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, mediante las resoluciones 79, 80 y 81, todas ellas expedidas el 18 de julio de 1997, dio cumplimiento a los anteriores fallos.

Así mismo, el 8 de septiembre de 1997, el Coordinador General de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo ordenado por una de las providencias, expidió la Resolución 086, mediante la cual se reglamentó el proceso de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia, de acuerdo con lo establecido en los literales c) y d) del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994.

El apoderado de Telecom solicitó a la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia la aclaración de la sentencia del 17 de julio de 1997, favorable a las Empresas Públicas de Pereira. Consideró que la decisión tomada en ese fallo habría sido diferente si se hubieran considerado los siguientes aspectos: que el Coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, al responder la tutela, señaló que la Comisión tenía previsto un contrato con la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT- para realizar los ajustes finales al proceso y fijar las condiciones con el fin de que el Ministro de

Comunicaciones y la Comisión expidieran, respectivamente, las licencias y la reglamentación necesaria; que la Comisión, en cumplimiento del fallo de primera instancia, elaboró el documento "redireccionamiento (sic) de la apertura", y que aún no habían sido definidas las reglas del juego que regirían el proceso de apertura, por lo cual "no basta con la elaboración de un cronograma que permita hacer los ajustes en el tiempo para que los plazos señalados en la Resolución 054 puedan tener cumplimiento, tal como lo señala el fallo".

Estimó el apoderado que de la lectura del documento de "Redireccionamiento (sic) de la Larga Distancia" surgían interrogantes sobre aspectos fundamentales del proceso de apertura, en cuanto atañe a la determinación del monto a cobrar por el ingreso (valor de la concesión), al período de exclusividad para los nuevos concesionarios, a la cobertura mínima del servicio, al plazo para el cubrimiento universal del servicio (todo el territorio nacional) y a la forma de financiación del servicio universal (inversión social). Afirmó, además, que el mismo documento plantea objetivos no tenidos en cuenta al expedir la Resolución 054, tales como: garantizar recursos para los fondos de pensiones, dar viabilidad a Telecom y a las empresas locales, lograr un "redireccionamiento" (sic) de Telecom, hacer efectiva la protección de los activos de la Nación, la capitalización del sector y el ordenamiento del sector o regulación balanceada. De otro lado, señaló el apoderado de Telecom que la Comisión estaba realizando un estudio preliminar con la UIT sobre las tarifas que debían cobrarse por el pago de las licencias de larga distancia.

Finalmente el mencionado abogado pidió que se aclarara la sentencia en los siguientes aspectos:

> *"a) La inaplicación de la Resolución 57 de la CRT, revive la Resolución 54 ya derogada. ¿Cuál es el fundamento jurídico para que el juez atribuya vigencia a la norma derogada?*
>
> *b) Sí la Resolución No. 54 no concluyó la regulación y la CRT llega a la conclusión que (sic) deben modificarse estructuras y condiciones ya existentes, por ser desventajosas e inconvenientes, ¿Puede la CRT modificar aspectos de la Resolución 54?*
>
> *e) Si los elementos de la Resolución 54 y de las observaciones presentadas hasta la fecha de la sentencia, no son suficientes para elaborar la regulación, ¿Qué debe hacer la CRT?*
>
> *d) Si la CRT no tiene elementos para la determinación del valor de la concesión, ¿Qué debe hacerse?*
>
> *e) ¿Cómo se deben garantizar los recursos para los fondos de pensiones de Telecom? ¿Cómo se debe garantizar la viabilidad para que Telecom participe en igualdad de condiciones en la prestación del servicio de larga distancia? ¿Cómo proteger los activos de la Nación y de Telecom dentro del proceso de apertura?*
>
> *f) Si la CRT llegare a la conclusión que (sic) el sistema más conveniente es un TRIPOLIO, ¿Cómo cumplir con las seis tutelas a favor de empresas públicas de distintos entes territoriales, que ordenan garantizar el derecho a la igualdad para cada una de ellas?*
>
> *g) Si con el cumplimiento de la tutela, se llega a la conclusión de la no viabilidad de Telecom, ¿Qué debe hacerse?"*

Por las mismas razones, el apoderado de Telecom solicitó aclaración de las sentencias de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de julio de 1997, dictadas en favor de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá y de las Empresas Públicas de Medellín.

El 4 de agosto de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia negó las aclaraciones solicitadas, pues esa Corporación estimó que no se observaban en las partes resolutivas de las sentencias, conceptos o frases que ofrecieran motivo de duda. Sostuvo, además, que Telecom no era parte en el proceso, sino que había actuado como coadyuvante de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la cual no ha pedido aclaración de la sentencia, "antes por el contrario, cumplió oportunamente la orden de tutela".

El 18 de julio de 1997, el Presidente del Sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones -ATT-, solicitó a la Corte Suprema de Justicia la declaración de nulidad de todo lo actuado en el proceso instaurado por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por cuanto estimó que en el trámite se vulneró el derecho al debido proceso, ya que ATT no fue notificada de la existencia del proceso, por lo que no pudo ejercer su derecho de defensa.

Manifestó el presidente del Sindicato de ATT que han tenido noticia de "que el fallo de segunda instancia proferido dentro de este expediente, sostiene que la falta de reglamentación de la larga distancia justificada en la Convención Colectiva firmada por los Sindicatos y Telecom es inaceptable para ese Despacho, desconociéndose así los derechos a la negociación colectiva y las demás garantías laborales".

La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema denegó la solicitud de nulidad presentada por el Presidente del Sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones -ATT-. Consideró esa Sala que el Sindicato efectivamente podía intervenir en el proceso como coadyuvante de la autoridad pública contra la que se dirigió la acción si estimaba que tenía un interés legítimo en el resultado del proceso, pero que no existía obligación para el juez de tutela de citarlo al mismo, porque la acción de tutela estaba dirigida contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, entidad encargada de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos acumulados en referencia, según lo disponen los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y con arreglo a las disposiciones del Decreto 2591 de 1991.

Este asunto correspondió por reparto a la Sala Tercera de Revisión, la que, por razón de su importancia y con el objeto de unificar criterios jurisprudenciales, decidió traerlo a Sala Plena para su resolución definitiva, según el Reglamento de la Corporación.

El Pleno de la Corte asumió el conocimiento de la revisión y como quiera que la ponencia original, elaborada por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, no fue acogida, fue sustituida por el presente fallo.

2. Los derechos fundamentales de la personas jurídicas. Titularidad de la acción de tutela. El caso de la persona jurídica pública

Esta, a juicio de la Sala Plena, es ocasión propicia para que la Corte reafirme su ya reiterada doctrina en lo relativo a los derechos fundamentales de las personas jurídicas y en particular, por las características del caso, los que puedan corresponder a las de Derecho Público.

Es en principio la dignidad de la persona humana, cuya protección y promoción constituyen finalidades primordiales del Estado y del orden jurídico, la que sirve de fundamento a la

proclamación constitucional e internacional de los derechos fundamentales, motivo por el cual, aun en el caso de derechos inherentes a aquélla pero no enunciados expresamente, existe una garantía en el más alto nivel normativo para su protección y efectividad (artículo 94 C.P.).

Pero, del hecho de que se predique de la persona natural un conjunto de derechos básicos e inalienables alrededor de los cuales la Carta Política edifica todo un sistema jurídico organizado precisamente con miras a su plena y constante realización, no se desprende que ese ámbito -el de cada individuo de la especie humana- agote por completo el núcleo de vigencia y validez de los derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando en la sociedad actúan -y cada vez representando y comprometiendo de manera más decisiva los derechos de aquélla- las denominadas personas jurídicas, surgidas merced al ejercicio de la libertad de asociación entre las naturales o por creación que haga o propicie el Estado.

Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto.

La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables.

Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el *habeas data* y el derecho al buen nombre, entre otros.

En conexidad con ese reconocimiento, ha de señalar la Corte que las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y que están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que la Corte Constitucional haya sostenido desde sus primeras sentencias que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular (artículo 86 C.P.).

Al respecto cabe reiterar lo dicho varias veces:

> *"Para los efectos relacionados con la titularidad de la acción de tutela se debe entender que existen derechos fundamentales que se predican exclusivamente de la persona humana, como el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (artículo 11); prohibición de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12); el derecho a la intimidad familiar (artículo 15); entre otros.*
>
> *Pero otros derechos ya no son exclusivos de los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses comunes.*

En consecuencia, en principio, es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no per se, sino en tanto que vehículo para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales, en caso concreto, a criterio razonable del Juez de Tutela.

Otros derechos constitucionales fundamentales, sin embargo, las personas jurídicas los poseen directamente: es el caso de la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (artículo 15 de la Constitución), la libertad de asociación sindical (artículo 38); el debido proceso (artículo 29), entre otros.

Luego las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías:

a) indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.

b) directamente: cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúen en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-411 del 17 de junio de 1992. M.P.: Doctor Alejandro Martínez Caballero).

"Una vez más debe insistir la Corte en que la forma de protección que a los derechos constitucionales fundamentales brinda el artículo 86 de la Carta Política no comprende únicamente a las personas naturales, (...) sino que se extiende a las personas jurídicas". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-551 del 7 de octubre de 1992).

Dentro de las personas jurídicas, las estatales propiamente dichas así como las de capital mixto -público y privado- no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones, toda vez que, por conducto de sus órganos y con indudable repercusión en el interés y en los derechos de los seres humanos, son sujetos que obran con mayor o menor autonomía dentro del cuerpo social, que no puede menos de reconocer su existencia y su influjo, benéfico o perjudicial según cada caso, como tampoco ignorar sus obligaciones, deberes, cargas y prerrogativas. La persona jurídica pública no es un simple enunciado teórico ni una ficción, como durante algún tiempo lo aceptaron la ley y la doctrina, sino una incontrastable y evidente realidad que las normas no ignoran ejerce derechos y contrae obligaciones.

Las empresas de servicios públicos, de las que hacen parte las demandantes, son concebidas por el Derecho colombiano vigente (artículo 17 de la Ley 142 de 1994) en los siguientes términos:

*"**Artículo 17. Naturaleza.** Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.*

***Parágrafo 1.** Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.*

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de

las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta ley.

Parágrafo 2. *Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas".*

En relación con su objeto, la misma ley señala:

*"**Artículo 18. Objeto.** La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.*

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

Parágrafo. *Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta ley se preferirá a las empresas en las que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes".*

La Constitución contempla y hace viable su operatividad, aun con la participación de personas privadas bajo el control y la vigilancia estatales, señalando en el artículo 365 que los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.

Lo que distingue a tales empresas, más que su naturaleza jurídica específica, que puede ser pública o privada, es la función que cumplen, que en todo caso es pública, si bien, en cuanto sujetos que actúan en el mundo jurídico, son titulares de derechos -entre ellos los fundamentales que les son aplicables- y de obligaciones y responsabilidades.

Se trata, como puede verse, de entidades activas, reales e individualizables y no tan sólo de personas virtuales. De su gestión, como sujetos de derecho, depende en buena parte el logro de los objetivos constitucionales de orden social inherentes a la prestación de los servicios públicos, en especial los domiciliarios, de los que hace parte la telefonía (artículo 1 de la Ley 142 de 1994).

Es natural que, estando sometidas tales entidades -para cumplir su objeto- a determinaciones y actuaciones oficiales de diverso origen, a nivel nacional, seccional y local, y aunque ellas

también cumplen un papel dentro del complejo de la actividad pública, establezcan con las autoridades en sus distintas categorías unas relaciones análogas a las que existen entre el ciudadano o la persona puramente privada y aquéllas.

Por tanto, no puede descartarse la posibilidad -tan patente y próxima como la que se tiene en el caso de cualquier ente o individuo gobernado- de que las autoridades, en punto de las funciones que respecto de las empresas de servicios públicos deben ejercer, incurran en actos u omisiones del género previsto en el artículo 86 de la Constitución, que amenacen o violen sus derechos fundamentales.

La Corte debe ahora reafirmar que, en la medida en que las personas jurídicas de Derecho Público ejercen funciones públicas, están supeditadas a la Constitución y a la ley en relación con ellas y por tanto no podrían ejercer acción de tutela para esquivar su cumplimiento ni las responsabilidades inherentes a tal ejercicio, ni tampoco por fuera del ámbito de competencias que les corresponden, pero ello no obsta para que, según ha señalado la doctrina constitucional en varias ocasiones, deba reconocer el juez de constitucionalidad la existencia de principios y derechos de carácter universal a los cuales puede apelarse indistintamente por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. Tal ocurre, por ejemplo, con los principios **objetivos** de índole procesal -que desde el punto de vista **subjetivo** sustentan el derecho de toda persona al debido proceso-, aplicables y exigibles a todos los trámites judiciales y administrativos, en los cuales, si las personas jurídicas de Derecho Público son partes o terceros afectados, tienen derecho fundamental a la plenitud de las garantías constitucionales.

Reitérase, entonces, la doctrina sentada en Sentencia C-360 del 14 de agosto de 1996 (M.P.: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que con entera claridad se expresó que "las personas jurídicas de Derecho Público pueden ser titulares de aquellos derechos fundamentales cuya naturaleza así lo admita y, por lo tanto, están constitucionalmente habilitadas para ejercitarlos y defenderlos a través de los recursos que, para tales efectos, ofrece el ordenamiento jurídico".

Como antes se ha dicho, uno de los derechos que el sistema jurídico reconoce a las personas jurídicas, y cuya naturaleza lo admite, es el de la igualdad, y de él no están excluidas las que presten servicios públicos, menos todavía cuando ellas, como acontece con las telefónicas locales, representan los intereses de comunidades integradas por personas pertenecientes a distintas regiones, quienes deben ser tratadas por la ley y por la autoridad pública en un plano de equilibrio e imparcialidad propio del reconocimiento a su igual importancia, sin preferencias ni discriminaciones.

Así, pues, las empresas demandantes en los procesos materia de análisis podían ejercer la acción de tutela para reclamar del Estado -en cabeza de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones- un trato igual al que obtuvieron otras empresas con su mismo objeto, en las mismas circunstancias y ante los mismos servicios.

La Corte reitera en esta ocasión su doctrina constitucional, que ha reconocido a las personas jurídicas de naturaleza pública el derecho a la igualdad ante la ley (Cfr. Corte Constitucional, entre otras, las sentencias C-271 del 20 de junio de 1996 M.P.: Doctor Antonio Barrera Carbonell, y C-036 del 2 de febrero de 1996).

Profundizará ahora esta Corporación, como se verá más adelante, en tal derecho, a propósito de un aspecto muy específico -la igualdad de oportunidades- y en un campo expresamente aludido por la Constitución como escenario de especial garantía, brindada a todas las personas (artículo 75 C.P.): el acceso al uso del espectro electromagnético.

Debe observarse finalmente, dentro del tema de la procedencia de la acción de tutela por el aspecto de la naturaleza jurídica de la entidad peticionaria, que no sería admisible la exclusión absoluta de las personas jurídicas de Derecho Público del ejercicio de una determinada acción, menos todavía si es la concebida para la protección de derechos fundamentales, pues ello significaría negarles todo acceso a la administración de justicia. Si son titulares de derechos sustantivos y si, como resulta del Derecho Administrativo, pueden ser partes -activas o pasivas- en procesos en los cuales se ventilan asuntos de naturaleza puramente legal o reglamentaria, con mayor razón deben hallarse en posibilidad de acceder a los estrados judiciales en demanda de protección para sus derechos fundamentales de rango constitucional.

3. La igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético

Dice el artículo 75 de la Constitución Política:

> *"**Artículo 75.** El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.*
>
> *Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético".*

La Corte Constitucional entiende que en la norma transcrita se consagra un derecho fundamental, que no deja de serlo por hallarse incorporado a un capítulo de la Carta Política distinto del que se destina a la enunciación de tales derechos (Cfr. Sentencia T-02 del 8 de mayo de 1992. M.P.: Doctor Alejandro Martínez Caballero).

Ese derecho, reconocido por la Constitución no solamente a las personas naturales sino a las jurídicas -incluidas las de naturaleza pública-, no presenta un contenido que sustancialmente lo sustraiga de los elementos básicos del derecho a la igualdad. Por el contrario, hace parte de él; es una de sus especies y, en consecuencia, obedece a los fundamentos y postulados constitucionales que informan aquél -los cuales han sido extensamente analizados por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte-, de donde se infiere que, ante violaciones o amenazas a su ejercicio, cabe la acción de tutela para impetrar de los jueces inmediata y completa protección.

En torno a la igualdad de oportunidades se ha pronunciado ya la Corte en los siguientes términos:

"El concepto genérico de igualdad encuentra uno de sus desarrollos específicos en la llamada **igualdad de oportunidades**, que, sin desconocer las reales e inmodificables condiciones de desequilibrio fáctico, social y económico en medio de las cuales se desenvuelve la sociedad, exige de la autoridad un comportamiento objetivo e imparcial en cuya virtud, en lo que respecta a las condiciones y requisitos que ella puede fijar, otorguen las mismas prerrogativas y posibilidades a todos aquellos que tienen una determinada aspiración (ingreso a una plaza de trabajo o estudio, ascenso dentro de una carrera, reconocimiento de una dignidad o estímulo, culminación de un proceso académico, etc)". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-624 del 15 de diciembre de 1995. Subrayado fuera de texto).

En el fondo, la garantía constitucional que así se define y protege no consiste en nada diferente de impedir que, al iniciarse entre las personas -naturales o jurídicas- una competencia para alcanzar o conseguir algo -lo cual, en la materia objeto de revisión, se relaciona con la prestación de un servicio público mediante el acceso al espectro electromagnético-, alguno o algunos de los competidores gocen de ventajas carentes de justificación, otorgadas o

auspiciadas por las autoridades respectivas con criterio de exclusividad o preferencia, o se enfrenten a obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionados en relación con los demás participantes.

Pretende la Constitución que en el punto de partida y a lo largo de la competencia, hasta su culminación, todos los competidores reciban igual trato, se les otorguen las mismas garantías e iguales derechos; se les permita el uso de los mismos instrumentos y medios de acción; se les cobije bajo las mismas normas y reglas de juego; se prevea para todos el mismo sistema de selección y calificación; se les evalúe y clasifique dentro de los mismos criterios, objetiva e imparcialmente, y se exija a todos un mismo nivel de responsabilidades. Obviamente, siempre sobre el supuesto de la equivalencia de situaciones y circunstancias (igualdad real y efectiva).

El espectro electromagnético es definido por la Constitución como un bien público, cuya apropiación por determinadas personas no es permitida dentro de nuestro sistema jurídico, de donde surge que apenas su **uso** puede entregarse por el Estado a particulares o a personas jurídicas de capital mixto, a título precario y temporal y dentro de las reglas, controles y restricciones que la ley señale y que deben aplicar las autoridades competentes.

El acceso al uso del espectro electromagnético, para emplearlo de conformidad con la gestión que de su manejo y utilización hace el Estado, debe obtenerse por quienes a él aspiren, en un plano de igualdad y equidad, garantizado en diversas formas por el sistema, por fuera del monopolio y la concentración, que la Carta Política de 1991 quiso erradicar.

4. La igualdad de oportunidades en el caso objeto de controversia

Ahora bien, en el caso que ocupa la atención de la Corte, ¿son las entidades demandantes titulares del derecho a la igualdad ante la ley y, en consecuencia, sus derechos a la libertad de empresa, libertad económica y libre competencia deben ser protegidos a través de la acción de tutela?

Para responder a ese interrogante, debe aplicarse la doctrina constitucional expuesta en los apartes anteriores, examinando inicialmente lo que esta Corte ha señalado como punto nodal para decidir si se reconoce, en un asunto específico, a las personas jurídicas de Derecho Público como titulares de derechos fundamentales: su titularidad directa, por cuanto se afecten intereses básicos del ente jurídico, o la afectación transitiva, por conducto de la persona jurídica de naturaleza pública, de los derechos de personas naturales.

En la Sentencia C-036/96, proferida por esta Corte, se dijo:

> *"El objetivo primordial y directo del principio de igualdad es la persona natural, pues lo que ella implica es el reconocimiento de prerrogativas propias e inalienables del hombre en cuanto constituye para el Estado un fin valioso en sí mismo, por lo cual tan sólo a través de la persona humana y en cuanto toca con ella es susceptible de protección constitucional la igualdad entre personas jurídicas y entre instituciones.*
>
> *"Así, para el caso de los municipios, la consideración acerca de si resulta constitucionalmente viable introducir distinciones entre ellos sólo podría tener asidero en la medida en que el trato diferente injustificado repercutiera en discriminaciones entre los habitantes de una y otra célula municipal en aspectos básicos como su supervivencia, su dignidad o el ejercicio de sus derechos fundamentales".*

La referencia doctrinal concreta corresponde a posibles discriminaciones entre entidades públicas de carácter territorial -los municipios-, respecto de los cuales la propia Carta

Política, de manera expresa, autoriza que se hagan distinciones o se introduzcan categorías, como el aludido fallo lo puso de presente.

Por otro lado, en el plano del enunciado general, la Corte lo ratifica en la presente Sentencia, como alusivo a la igualdad en cuanto salvaguarda del reconocimiento de la dignidad humana, lo que conduce a relacionar, en últimas, toda respuesta institucional a violaciones de la misma, por la introducción de fueros, privilegios o discriminaciones, con el imperativo constitucional de evitar que, por motivos accidentales, se establezcan estratos o capas dentro de la sociedad, compuesta por seres humanos.

Es evidente que, cuando se protege la igualdad entre personas jurídicas, públicas o privadas, finalmente se ampara la igualdad entre individuos de la especie humana, pues se repite que las personas jurídicas deben a aquéllos su existencia y su subsistencia, aun en los casos en que son creadas por el Estado, ya que el objetivo y justificación de éste se encuentra necesariamente referido a la persona humana.

Entonces, no es errado o contrario a la doctrina constitucional que se aplica, buscar los efectos de la discriminación aducida por las empresas demandantes, en la situación de las personas naturales que las conforman, una vez convertidas aquéllas en empresas de economía mixta, o cualquier otra de las modalidades asociativas con las que la ley dispuso democratizar la concurrencia de los particulares a la prestación del servicio público de la telefonía local y de larga distancia. Además en este caso, como en todos aquellos en los que las entidades públicas afectadas por la posible vulneración de sus derechos fundamentales tienen como objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios, también debe consultarse la situación de los usuarios de tales servicios (normalmente personas naturales), pues en ella se deben manifestar los efectos desfavorables del tratamiento discriminatorio dado por la ley o las autoridades a las entidades prestadoras, cuando se afirma que resulta violado su derecho a la igualdad.

Nada distinto de la satisfacción de necesidades netamente humanas es lo que buscan los artículos 365 y 366 de la Constitución, al consagrar el objeto de los servicios públicos: ellos "son inherentes a la finalidad social del Estado", el cual tiene el deber de "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional" (se subraya). Y, de otra parte, "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado".

Inicialmente debe señalarse que, de acuerdo con la doctrina constitucional, la situación de los usuarios de un servicio público a cuya prestación pueden legalmente concurrir varios prestadores, no puede ser objeto de una decisión oficial por medio de la cual se impida, limite o restrinja a los particulares la contratación del servicio con la entidad prestadora de su preferencia, sin que tal intervención sea calificada de ilegítima y constituya una discriminación contraria al ordenamiento constitucional. Esta subregla fue aplicada por la Corte en la Sentencia C-216 del 28 de abril de 1994 (M.P.: Doctor Vladimiro Naranjo Mesa), por medio de la cual se sentó doctrina sobre los límites de la administración para optar por un solo prestador del servicio público, sin respetar la libertad de los particulares, usuarios del mismo y titulares del derecho a escoger libremente entre todos los que concurren a la prestación; consideró la Corte en esa oportunidad:

> *"Con respecto a la supuesta violación del derecho a la igualdad aducida por el demandante, esta Corporación encuentra que, por lo contrario, la finalidad esencial que persigue la norma acusada es la de garantizar en derecho, tal como lo consagra el artículo 13 superior, al no establecer privilegios en favor de ningún*

notario. En este caso la igualdad consiste en que no pueden establecerse privilegios ni, por ende, discriminaciones, por parte de la Administración pública, la cual, por excelencia, debe siempre obrar con objetividad, y no puede estar legitimada para hacer discriminaciones de ninguna índole, otorgando privilegios, prerrogativas o excepciones a las personas naturales o jurídicas que tienen que tratar con ella. La igualdad es un parámetro que debe guiar a la Administración, de manera que es un contrasentido pretender que ésta tenga una facultad discrecional para determinar la Notaría que preste el servicio por ella requerido. Mientras los particulares son titulares de derechos subjetivos y pueden decidir lo que les convenga de acuerdo con sus preferencias y opciones, la Administración tiene una potestad ejercible sólo en condiciones objetivas predeterminadas por la ley.

"Los actos de la Administración pueden recaer sobre una persona, como adaptación de la generalidad al caso concreto, pero lo que nunca pueden hacer, en el caso que nos ocupa, es optar, sin unas condiciones preestablecidas y objetivas, por una determinada Notaría, desconociendo a las demás su derecho a la igualdad de oportunidades. Es por ello que el reparto tiene que estar reglamentado, con la condición de no vulnerar el derecho a la igualdad". (Subraya la Corte).

Son los usuarios, "titulares de derechos subjetivos, que pueden decidir lo que les convenga de acuerdo con sus preferencias y opciones", quienes se quedaron sin opción alguna en cuanto a entidades prestadoras del servicio de telefonía de larga distancia -aunque la Ley 142 de 1994 ordenó terminar con la situación monopólica existente en la prestación de este servicio, y las empresas demandantes venían cumpliendo el proceso administrativo requerido por los artículos 22, 25 y 26 de esa norma-, cuando la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones decidió interrumpir el proceso, e hizo imposible la concurrencia de las empresas demandantes a la prestación del servicio en un mercado de libre competencia.

Sin embargo, esa no es, para las personas naturales, la única consecuencia constitucionalmente relevante de que la CRT haya interrumpido el proceso de creación de condiciones para un mercado de libre competencia en la prestación de la telefonía de larga distancia; es más grave, y definitivo en el plano constitucional, que la actuación cuestionada por las entidades demandantes, haya hecho nugatorio el derecho consagrado en el artículo 10 de la Ley 142 de 1994, porque contradice la doctrina de la Corte sobre la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, fijada en varias sentencias de esta Corte, en especial en la C-093 del 7 de marzo de 1996 (M.P.: Doctor Hernando Herrera Vergara), reiterada después por las números C-310 del 11 de julio de 1996 (M.P.: Doctor Vladimiro Naranjo Mesa), y C-350 del 29 de julio de 1997 (M.P.: Doctor Fabio Morón Díaz):

"Es decir, que en tratándose de medios de comunicación como la televisión, que requieren del uso de un bien público técnicamente restringido como es el espectro electromagnético, el legislador está en la obligación, a través de la ley, de regular el uso del mismo de manera tal que a tiempo que no se interfiera el derecho fundamental de las personas a fundarlos, se les garantice a todas igualdad de oportunidades para acceder a su uso, y se le garantice a la sociedad que el mayor número de ciudadanos tendrá la oportunidad de hacerlo (subraya fuera del texto).

"El espectro electromagnético es un bien público sujeto a la gestión y control del Estado (C.P. artículo 75). A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la televisión necesariamente deben hacer uso del

espectro electromagnético. Por consiguiente, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación, inclusive desde el punto de vista de libertad de acceso. Aquellos no usan el espectro y, por ende, no están sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control, las cuales a su vez, en parte se explican por razones técnicas, entre las cuales, una significativa es el número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, lo que torna imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de televisión".

"Ahora bien, para efectos de llevar a cabo la emisión, transmisión y recepción de datos o informaciones, gran parte de los medios de comunicación requieren del uso de instrumentos técnicos, algunos de los cuales son bienes de uso público que por su naturaleza pertenecen al Estado. Este es el caso del espectro electromagnético, que de conformidad con el artículo 75 de la Constitución Política es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, quien debe garantizar el acceso a su uso en igualdad de oportunidades de conformidad con los términos que fije la propia ley" (subraya fuera del texto).

Resulta entonces que, en este caso, al suspender la CRT el proceso de conformación de un mercado de libre competencia en la prestación de la telefonía de larga distancia, no sólo afectó el derecho de los usuarios a escoger la empresa prestadora de su preferencia, y les privó, en consecuencia, de las ventajas que en precio y calidad corresponden a la libre competencia, sino que también les hizo nugatorio el derecho de crear empresas para concurrir a la prestación de los servicios públicos (C.P. artículo 365, desarrollado en el artículo 10 de la Ley 142 de 1994), y les imposibilitó acceder en pié de igualdad, a través de la conformación de tales empresas, al uso de un bien público escaso, en contravía de lo dispuesto por la Constitución y la ley.

Así, debe concluirse que las entidades demandantes en este caso sí son titulares del derecho fundamental a la igualdad, y que éste resultó violado por la revocación de las normas administrativas expedidas para ejecutar el mandato constitucional y legal de permitir la libre concurrencia -libertad de crear empresas con tal objeto-, y garantizar la libre competencia en la prestación del servicio de telefonía de larga distancia.

No se entienda lo expresado en este Fallo como la aceptación de la viabilidad de la acción de tutela para forzar a las autoridades administrativas a que ejerzan en concreto una determinada competencia discrecional, ni como modalidad de coadministración judicial.

En cuanto al primer aspecto, debe decirse que la CRT estaba obligada por la propia Constitución (artículo 75) a obrar con prontitud y eficiencia para asegurar, mediante el conjunto de sus actuaciones y directrices, la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético. Y si la acción de cumplimiento no es aplicable a su omisión -del todo injustificada, como lo muestra el expediente, pues la revocación del acto inicial de apertura con el fin indicado obedeció primordialmente a la Convención Colectiva celebrada entre Telecom y su Sindicato- ello acontece por haber hallado esta Corte (Sentencia C-157 del 29 de abril de 1996) que tal mecanismo no es apto para obtener el acatamiento a postulados o reglas constitucionales, lo cual excluye la existencia de un medio eficaz para la verdadera y oportuna defensa del derecho violado y abre paso a la procedencia de la acción de tutela.

En cuanto al segundo asunto, no puede olvidarse que se trata de una omisión, que sólo se contrarresta mediante una orden de actuar en aquello respecto de lo cual, debiendo haberse actuado, no se actuó. Ni se pierda de vista que, a la luz del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela procede no sólo ante actuaciones sino también respecto de omisiones de las autoridades públicas que violen o amenacen derechos fundamentales.

Bien obraron, entonces, los jueces y tribunales de instancia al conceder las tutelas impetradas, y por ello sus providencias serán confirmadas.

Es claro, por otra parte, que las entidades actoras no contaban con otro mecanismo de defensa, puesto que asuntos como los aquí considerados -si una persona jurídica de derecho público es titular del derecho fundamental a la igualdad, y si, en consecuencia, está legitimada para procurar su protección en sede de tutela- son puntos sobre los cuáles sólo se puede pronunciar el juez constitucional a través del proceso en el que decide si otorga o no amparo judicial a los derechos fundamentales aducidos como conculcados o gravemente amenazados por las entidades demandantes.

Al respecto, reiteró y precisó su doctrina la Corte Constitucional en la Sentencia T-100 del 9 de marzo de 1994 (M.P.: Doctor Carlos Gaviria Díaz), en los siguientes términos:

> *"En conclusión, la Corte mantiene su doctrina, reiterando que: el juez de tutela debe examinar, en cada caso, si el mecanismo alternativo de defensa judicial que es aplicable al caso, es igual o más eficaz que aquella.*
>
> *"La Corte, empero, encuentra necesario hacer la siguiente precisión: cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluídos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se suplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias.*
>
> *"En los casos en los que, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela, por las razones anotadas, resulte prevalente, el juez de tutela podrá señalar en su fallo, la libertad del actor para acudir al otro medio de defensa del derecho, a fin de reclamar la responsabilidad en que ya haya incurrido quien lo violó o amenazó". (Subraya la Corte).*

Por lo demás, las entidades demandantes no acudieron ante el juez constitucional en procura de la efectividad de un derecho colectivo; en cada uno de los procesos acumulados, la entidad demandante reclamó el restablecimiento de su derecho fundamental a la igualdad, violado por una actuación administrativa que, como ya se consideró, efectivamente vulneró el derecho del que cada una de ellas es titular.

5. Situación de las empresas frente a la Constitución y a la Resolución que originó la demanda

Fuera de las consideraciones anteriores, debe señalarse que la actuación de la CRT que originó estos procesos, impuso a las entidades demandantes limitaciones a la libertad de empresa que no fueron establecidas por la ley y, por tanto, resultan contrarias a la doctrina de

la Corte sobre el asunto, que fue sentada en los siguientes términos mediante la Sentencia T-291 del 22 de junio de 1994 (M.P.: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz):

> *"No obstante lo anterior, las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de este derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas. El derecho consagrado en el artículo 333 de la Carta Política no sólo entraña la libertad de iniciar una actividad económica sino la de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad.*
>
> *"La intervención del poder público en el ámbito económico no puede llegar a alterar injustificadamente la situación inicial de igualdad en que deben permanecer los particulares frente a la posibilidad de obtener las autorizaciones administrativas para la explotación de una actividad económica determinada. El derecho a la libre empresa no sólo supone la igualdad en la competencia, sino también la libre concurrencia en condiciones de igualdad (C.P. artículo 13).*
>
> *"Si el respeto a la igualdad condiciona la intervención del Estado en el campo de la libertad económica, con mayor razón, ésta deberá observarse cuándo, como ocurre con los juegos de suerte y azar, se seleccionan las personas con las que se suscribirán los contratos de operación y explotación, y se conceden permisos para la apertura y funcionamiento de establecimientos en los que ellos se realizan. Los beneficios que los particulares derivan de estos permisos y contratos, constituyen oportunidades de ampliación de su esfera de acción económica en el marco de una actividad sujeta a monopolio estatal y, por lo tanto, no pueden distribuirse ni adjudicarse sin dar aplicación estricta a las más exigentes reglas de igualdad" (subraya fuera del texto).*

6. Desigualdad en la aplicación y en la creación del acto

Las personas tienen derecho a la igualdad en el ordenamiento constitucional colombiano, no apenas en la formalidad de las normas legales que desarrollan el Estatuto Fundamental, sino en la materialidad de la aplicación de esas normas a través de actos y hechos de la administración; así lo entendió la Corte en la Sentencia T-230 del 13 de mayo de 1994 (M.P.: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que se sentó una doctrina tan inequívoca como esta: "De otra parte, debe tenerse en cuenta no sólo la igualdad en el contenido de la ley (*de jure*) sino también en la aplicación de la misma (*de facto*)" (subraya fuera del texto).

Uno de los antecedentes de esa doctrina se encuentra en la Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992, reiterada en la T-450 del 19 de octubre de 1994, en la que se afirma como base para la inaplicación de normas administrativas:

> *"Ya en la Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992 tuvo la Corte ocasión de referirse al tema, manifestando:*
>
> *'El artículo 4 de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva*

constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

"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 4 de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles".

DECISION

Con fundamento en las consideraciones que se dejan expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

CONFIRMANSE los fallos revisados, que concedieron a las empresas demandantes la tutela del derecho a la igualdad.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente
–Con salvamento de voto–

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado
–Con salvamento de voto–

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
–Con salvamento de voto–

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JAIME BETANCUR CUARTAS, Conjuez

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado
–Con salvamento de voto–

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA SU-182
mayo 6 de 1998

DERECHOS FUNDAMENTALES-Pérdida de fuerza normativa por generalización (Salvamento de voto)

Hay dos formas de disolver el concepto de derecho fundamental y de atentar contra su eficacia. La primera, sin duda, es la de atribuir a todo derecho o facultad, el carácter de derecho fundamental. La segunda consiste en extender de manera general a todas las personas, incluidas las de origen estatal, la titularidad activa de los derechos fundamentales. Los defensores de esta teoría, de buena fe, creen que así contribuyen a potenciar los derechos fundamentales, cuando en realidad lo que se hace es socavar su eficacia: si todo derecho es derecho fundamental, nada es derecho fundamental; si todas las personas naturales y estatales, por el hecho de serlo, son titulares de derechos fundamentales, sobra el reconocimiento constitucional. No sorprende que a raíz del desconocimiento de lo que universalmente sirve de fundamento a los derechos fundamentales, el mecanismo de defensa previsto en la Constitución para hacer efectivo los derechos de la persona humana - la acción de tutela - contra las acciones u omisiones del Estado que los vulneren, se convierta ahora en medio judicial al cual pueden indiscriminadamente apelar porciones del Estado cuando busquen ejercer derechos o pretensiones contra el mismo Estado o contra particulares. La generalización de los derechos fundamentales, indefectiblemente lleva a que éstos pierdan fuerza normativa.

ACCION DE TUTELA-Consecuencias por la universalización (Salvamento de voto)

La universalización de la acción de tutela, la pervierte y degrada. Sobra recordar que la acción de tutela se contempló con el objeto de equilibrar la asimetría en la que se encuentra la víctima de una lesión de un derecho fundamental frente a las autoridades del Estado. Autorizar el empleo generalizado de la tutela por parte de entidades de derecho público, esto es, permitir que una parte del Estado se valga de este régimen procedimental excepcional para resolver controversias contra otra parte del Estado, desconoce radicalmente su función y desvirtúa su sentido tuitivo vinculado a la guarda de la libertad y dignidad propias de la persona humana que se expresan en múltiples manifestaciones individuales y colectivas, que no estatales.

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS-Transitividad no permite transformar las competencias y objeto en derechos fundamentales (Salvamento de voto)

El argumento de la "transitividad" que se implora en la sentencia, no permite transformar las competencias, funciones, objeto, expectativas e intereses de las entidades de derecho público, en derechos fundamentales. No se discute que la actividad de una

empresa pública de teléfonos sirve un interés comunitario esencial y que su buena o mala fortuna, su eficiencia o ineficiencia, su mayor o menor campo de acción, no deja de repercutir sobre el bienestar individual o colectivo. Sin embargo, ninguno de estos criterios o factores convierte a la empresa pública en titular de derechos fundamentales, ni tampoco eleva a rango de derecho fundamental la actividad descrita en su objeto social.

REGIMEN JURIDICO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS-Fijación por ley/**LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA**-No es derecho fundamental (Salvamento de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES-No lo son por ejercicio de actividad edificada sobre derechos legales (Salvamento de voto)

No puede calificarse como derecho fundamental, el ejercicio de una actividad edificada sobre derechos que se derivan de la ley, cuyo alcance es el que ésta determine y cuyo ejercicio puede eventualmente cesar cuando el Estado decida trasladarla a su órbita de acción.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Transitividad no es argumento para definirlos (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra actos de carácter general, impersonal y abstracto (Salvamento de voto)

TEST DE IGUALDAD-Aplicación (Salvamento de voto)

ACTOS DE LA ADMINISTRACION-Violación de la igualdad no implica que la competencia radique en juez de tutela (Salvamento de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS-Reconocimiento en algunos casos (Salvamento de voto)

Se ha señalado por la Corte Constitucional que, en algunos casos, las personas jurídicas pueden ser titulares de ciertos derechos fundamentales. Se trata de una formulación que en modo alguno tiene alcance absoluto. Por el contrario, la Corte se ha cuidado de otorgarle un campo asaz circunscrito y siempre subordinado a la consideración esencial de que la adscripción eventual de un derecho fundamental en su cabeza dependerá de que la naturaleza del derecho en cuestión permita su extensión a la persona jurídica y que, de otra parte, ello sea estrictamente necesario para garantizar ámbitos de libertad y dignidad de las personas naturales que se encuentran en la base de la organización. El test debe, por lo menos, pasar dos pruebas: (1) la naturaleza del derecho; (2) la comunicabilidad de la lesión a las personas naturales.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS-Titularidad en casos excepcionales (Salvamento de voto)

Tratándose de personas jurídicas de derecho público, la Corte ha sido todavía más restrictiva. Las entidades públicas, como emanación del Estado, normalmente ocupan la posición pasiva de los derechos fundamentales. En casos excepcionales se ha admitido que tales sujetos - cuya actuación se mide y se explica en términos de las competencias atribuidas por la ley y no en razón de una necesidad de libertad y de protección originarias - pueden ser titulares de derechos fundamentales. Sólo derechos como el debido proceso, que por su propia naturaleza son susceptibles de tener un valor objetivo que trasciende la dimensión humana hasta convertirse en reglas de funcionamiento del sistema jurídico como un todo, pueden excepcionalmente predicarse de entes públicos.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Carácter de límite a la democracia y su inalienabilidad (Salvamento de voto)

Las pretensiones que constituyen el objeto de un derecho fundamental se sustraen al principio de las mayorías políticas, que da vida y sentido a la democracia. Las leyes, pese a provenir del órgano que articula el principio democrático, no pueden afectar el núcleo de los derechos fundamentales y, en todo caso, las limitaciones o restricciones que aparejen deberán ser razonables y proporcionadas. En este sentido, puede decirse que los derechos fundamentales limitan y orientan a la democracia. El constituyente eleva a la categoría de derechos fundamentales facultades y posibilidades de ser y de acción, que no desea sean menoscabadas o permanentemente puestas en cuestión por la democracia. Lo que en esencia pertenece a un derecho fundamental, está por fuera del debate democrático y de sus vicisitudes. En últimas, esta es la razón de ser de su consagración. Para el titular de un derecho fundamental, su contenido no le puede ser cercenado ni transferido a otro. Menos al Estado. Los derechos fundamentales comportan asignaciones de valor y de status que realiza el constituyente como reconocimiento a la dignidad de la persona humana. Privar a la persona de un derecho fundamental, por consiguiente, equivale a negar su condición como sujeto moral. Los derechos fundamentales no son expropiables por el Estado, ni éste puede reservarse para sí su ejercicio.

REGIMEN JURIDICO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS-Fijación por ley/ **SERVICIOS PUBLICOS**-Actividad regulada por la ley no es derecho fundamental (Salvamento de voto)

En el caso de los servicios públicos, justamente porque su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, constituye un deber para el Estado, la Constitución ha dispuesto que ellos queden sometidos "al régimen jurídico que fije la ley". Los servicios públicos son, pues, una materia que en su integridad se remite al régimen que determine la ley. El contenido y alcance del quehacer concreto que corresponda al concepto de servicio público no lo señala la Constitución. Mal puede afirmarse aquí la existencia de derechos fundamentales, cuando la articulación de derechos, obligaciones, limitaciones, restricciones, etc., se libra a la ley. Naturalmente, la ley que establezca el régimen de los servicios públicos, como toda ley, debe sujetarse a la Constitución, extremo forzoso que en modo alguno indica que la actividad regulada sea en sí misma un derecho fundamental.

OPERADORES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS-Derechos no tienen el carácter de fundamentales/**DERECHO DE LIBERTAD ECONOMICA**-No tiene carácter de fundamental/**DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA**-No tiene carácter de fundamental (Salvamento de voto)

Los derechos de los operadores de los servicios públicos establecidos en la ley, precisamente por tener este origen, no tienen el carácter de derechos fundamentales. Ahora bien, si estos derechos son desconocidos por el Estado o por el organismo de segundo grado al cual se le ha confiado la regulación de algunos aspectos del sector, las acciones correspondientes tendrán que elevarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este caso, no solamente existen medios judiciales ordinarios, sino que el derecho conculcado no tiene la naturaleza de un derecho fundamental, puesto que se trata de discutir pretensiones o facultades que emanan de la ley. Aún en el evento de que se llegare a considerar, en gracia de la discusión, que el derecho de los operadores de servicios públicos corresponde al derecho de libertad económica y libertad de empresa consagrados en la Constitución, tampoco la acción de tutela sería procedente. Ninguno

de los dos derechos tiene a juicio de la Corte, el carácter de fundamental, en cuanto no se enuncian así en la Constitución, carecen en abstracto de conexidad esencial con los que sí ostentan esta condición y, finalmente en este campo, el espacio de configuración normativa y de intervención por parte del legislador es significativo. Por lo demás, el derecho a la libertad económica y a la libertad de empresa, tienen íntima relación con el derecho de propiedad que, en principio, no reviste tampoco el carácter de fundamental.

ACCESO A LA PRESTACION DEL SERVICIO DE LARGA DISTANCIA-Naturaleza legal (Salvamento de voto)

DERECHO LEGAL-Desconocimiento en la aplicación no se trueca en violación del derecho a la igualdad (Salvamento de voto)

En la fase de aplicación de la ley, el desconocimiento de un derecho legal singular no se trueca en violación del derecho a la igualdad, así la lesión no tenga carácter universal, sino que se mantiene como violación de la ley. De lo contrario, toda violación a la ley en el estadio aplicativo del derecho, se resolvería en un quebranto del derecho fundamental a la igualdad. Por este camino, los derechos simplemente legales o los constitucionales no fundamentales mutarían su condición a derechos fundamentales y, por ende, la acción de tutela adquiriría la función de defensa de todos los derechos existentes.

DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA-Violación (Salvamento de voto)

SERVICIO DE LARGA DISTANCIA POR Telecom-Autorizaciones legales anteriores (Salvamento de voto)

Salvamento de voto de los Magistrados ANTONIO BARRERA CARBONELL, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, FABIO MORON DIAZ y VLADIMIRO NARANJO MESA, a la SU182 de 1998.

Referencia: Expedientes acumulados T-141334, T-141745, T-141785 y T-142430, T-143410 y T-143426.

Actores: Empresas Municipales de Cali, Empresas Públicas de Pereira, Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, Empresas Públicas de Medellín, Empresas Públicas de Bucaramanga y Edatel S.A.

Magistrados Ponentes: Drs. CARLOS GAVIRIA DIAZ y JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Respetuosamente discrepamos de la sentencia dictada por la Corte Constitucional. Los argumentos de hecho y de derecho en los que se fundamenta nuestra posición, son los que se enuncian y desarrollan en la ponencia, que no fue acogida por la mayoría, la cual se transcribe integralmente en la segunda parte de este escrito, dado que el salvamento se extiende también a la forma cómo se han presentado los hechos. La solución jurídica es acertada si ella tiene sólido apoyo en el derecho y si corresponde objetivamente a los presupuestos fácticos del caso, que no son necesariamente los que presenta la parte actora. Por consiguiente, en la primera parte, se consignan algunos comentarios al texto de la sentencia y, en la segunda parte, se transcribe el proyecto de sentencia al que se ha hecho referencia.

[1]

Comentarios generales a la sentencia

1. La Corte Constitucional, por las razones que se exponen en la segunda parte de este salvamento, hasta el presente, había considerado que los derechos fundamentales por traducir en el plano jurídico las exigencias mínimas e insuprimibles de la dignidad de la persona

humana, tenían como sujeto activo a esta última. Precisamente, por este motivo, por extensión - siempre que la naturaleza del derecho lo permita -, también había entendido que las personas jurídicas en algunos casos podían serlo, dado que la persona humana no se protege únicamente cuando obra aisladamente sino también cuando ella se vincula a "grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses comunes" (sentencia T-411 de 1992). El reconocimiento de la persona humana como ser social y la necesidad de defender su dignidad y libertad en el ámbito de la comunidad, justifican la extensión operada por la Corte, la cual de ninguna manera reivindica para la persona jurídica la misma esfera de derechos fundamentales de la que es titular la persona natural. Ahora bien, tratándose de las personas de derecho público -que era el caso de las empresas demandantes-, la titularidad de derechos fundamentales sólo de modo absolutamente excepcional les ha sido reconocido por la Corte. En efecto, en la sentencia T-463 de 1992, se sentó la doctrina sobre este particular, en los siguientes términos, acusadamente restrictivos:

> *En principio, la acción de tutela no puede ser ejercida por personas jurídicas de derecho público, en la medida en que éstas desempeñan funciones públicas. El ejercicio de funciones públicas por parte de esta clase de personas jurídicas, por regla general, no se realiza como consecuencia del ejercicio de libertades originarias, independientes, sino con base en competencias determinadas por la Constitución y la ley, de carácter limitado y reglado.*
>
> *El tratamiento jurídico de las relaciones de derecho público y la resolución de los conflictos que de ellas surgen no son objeto de los derechos fundamentales por ausencia de una relación directa con la persona humana. Sin embargo, lo anterior no significa que las personas jurídicas de derecho público no puedan, excepcionalmente, ser titulares de derechos fundamentales. Para establecer estos casos, es preciso indagar si la naturaleza jurídica pública de la entidad no la coloca en una situación jurídica o fáctica que sea contraria al ejercicio de este derecho por parte de una persona jurídica" (Sentencia T-463 de 1992).*

2. En la sentencia se sostiene la tesis -que, además, de contrariar la jurisprudencia de esta Corporación, no es admisible en ningún país del mundo-, según la cual "dentro de las personas jurídicas, las estatales propiamente dichas así como las de capital mixto -público y privado- no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones". Hay dos formas de disolver el concepto de derecho fundamental y de atentar contra su eficacia. La primera, sin duda, es la de atribuir a todo derecho o facultad, el carácter de derecho fundamental. La segunda consiste en extender de manera general a todas las personas, incluidas las de origen estatal, la titularidad activa de los derechos fundamentales.

Los defensores de esta teoría, de buena fe, creen que así contribuyen a potenciar los derechos fundamentales, cuando en realidad lo que se hace es socavar su eficacia: si todo derecho es derecho fundamental, nada es derecho fundamental; si todas las personas naturales y estatales, por el hecho de serlo, son titulares de derechos fundamentales, sobra el reconocimiento constitucional. No sorprende que a raíz del desconocimiento de lo que universalmente sirve de fundamento a los derechos fundamentales, el mecanismo de defensa previsto en la Constitución para hacer efectivo los derechos de la persona humana -la acción de tutela- contra las acciones u omisiones del Estado que los vulneren, se convierta ahora en medio judicial al cual pueden indiscriminadamente apelar porciones del Estado cuando busquen ejercer derechos o pretensiones contra el mismo Estado o contra particulares.

De la misma manera que la generalización de los derechos fundamentales, indefectiblemente lleva a que éstos pierdan fuerza normativa, la correlativa universalización de la acción de tutela, la pervierte y degrada. Sobra recordar que la acción de tutela se contempló con el objeto de equilibrar la asimetría en la que se encuentra la víctima de una lesión de un derecho fundamental frente a las autoridades del Estado. Autorizar el empleo generalizado de la tutela por parte de entidades de derecho público, esto es, permitir que una parte del Estado se valga de este régimen procedimental excepcional para resolver controversias contra otra parte del Estado, desconoce radicalmente su función y desvirtúa su sentido tuitivo vinculado a la guarda de la libertad y dignidad propias de la persona humana que se expresan en múltiples manifestaciones individuales y colectivas, que no estatales.

El argumento de la "transitividad" que se implora en la sentencia, no permite transformar las competencias, funciones, objeto, expectativas e intereses de las entidades de derecho público, en derechos fundamentales. No se discute que la actividad de una empresa pública de teléfonos sirve un interés comunitario esencial y que su buena o mala fortuna, su eficiencia o ineficiencia, su mayor o menor campo de acción, no deja de repercutir sobre el bienestar individual o colectivo. Sin embargo, ninguno de estos criterios o factores convierte a la empresa pública en titular de derechos fundamentales, ni tampoco eleva a rango de derecho fundamental la actividad descrita en su objeto social. Si se quiere llevar hasta sus últimas consecuencias la nueva postura de la Corte, habría que admitir que el Estado por ser orgánica y funcionalmente "transitivo" - "son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general (...)" (C.P. artículo 2); según el artículo 3 de la C.P., "la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público"-, sería el titular por excelencia de los derechos fundamentales y de la acción de tutela. Empero, aceptar esta tesis equivale a sacrificar los conceptos de derecho fundamental y de acción de tutela y, en su lugar, entronizar una suerte de "Estado absoluto". La Corte Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, puede hacer muchas cosas, menos trivializar el significado de los derechos fundamentales y de su defensa.

3. La sentencia de la Corte, de otro lado, termina por conceder el carácter de fundamental a los derechos de libertad de empresa, libertad económica y libre competencia. Igualmente, autoriza que su defensa pueda adelantarse a través de la acción de tutela. Bajo ninguno de los criterios reiteradamente utilizados por la Corte, tales derechos podrían recibir dicha calificación. Particularmente, en el campo de los servicios públicos, la necesidad de promover de manera intensa el interés general, obliga al intérprete a considerar que el ámbito reservado a la regulación de la ley es por definición extenso. Lejos de reconocer titularidades originarias, la Constitución aquí defiere a la ley la fijación del régimen jurídico de los servicios públicos. Además de que los derechos de los operadores en este sector se remiten a la ley en lo que atañe a su contenido y alcance, el Estado puede reservar para sí, mediante una ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, determinados servicios públicos (C.P. artículo 365), para lo cual habrá de indemnizar previa y plenamente a las personas que hasta entonces los prestaban. No puede calificarse como derecho fundamental, el ejercicio de una actividad edificada sobre derechos que se derivan de la ley, cuyo alcance es el que ésta determine y cuyo ejercicio puede eventualmente cesar cuando el Estado decida trasladarla a su órbita de acción.

De otro lado, "fundamentalizar" pretensiones cuando sólo están en juego derechos materiales no fundamentales -como aquí la libre competencia-, mediante el recurso al principio de igualdad, sólo con el objeto de hacer uso de la acción de tutela, no debería auspiciarse por parte de la Corte Constitucional. Cuando la materia encaja en un derecho

material, es ese el derecho que debe aplicarse y protegerse. De lo contrario, dado el carácter relacional del principio de igualdad, cualquier controversia y asunto adquirirían las connotaciones de un debate sobre derechos fundamentales y serían susceptibles de ser dirimidos a través de la acción de tutela.

Tampoco el argumento de la "transitividad" puede sostenerse como criterio para definir si un derecho es fundamental. Lo que es y no es derecho fundamental corresponde a una decisión de la más alta política y, por consiguiente, ella es la que se plasma en la Constitución y sirve como cimiento al Estado y a la sociedad. Que la actividad que realiza el sujeto A, reporta beneficios para los individuos que conforman dicho sujeto (que son x, y, z...) y, además, satisface las necesidades de un conjunto más o menos numeroso de personas (b, c, d, e, f...), no permite atribuir a la actividad que realiza A, el carácter de derecho fundamental. La circunstancia de que la actividad de A sea intrínsecamente útil y que ella se manifieste en derechos y deberes concretos -vale decir que sea regulada por el derecho-no la transforma por ese sólo hecho en derecho fundamental. Por esta razón, la fórmula de la "transitividad" a la que profusamente apela la sentencia, no es de recibo para definir si un determinado derecho es o no fundamental. Tal vez el mencionado esquema pueda indicar si un derecho es "importante", lo cual no es igual a "fundamental" en el lenguaje constitucional. Por este camino la Corte, sin proponérselo, se ha convertido en celosa guardiana del gran capital nacional y transnacional que, gracias al proceso de privatizaciones, ha penetrado en el sector de los servicios públicos -lo que *per se* no es bueno ni malo-, cuyo negocio se califica ahora como "fundamental" en términos constitucionales y se defiende a través de la "acción de tutela" -esto sí resulta excesivo-, bajo el entendido de que sus titulares y usufructuarios representan la parte débil por la cual han abogado las cartas de derechos y los tratados sobre derechos humanos.

4. La Corte Constitucional considera que se ha vulnerado el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético (C.P. Art. 75). No obstante, el acceso al uso se determina "en los términos de la ley". Se comprende fácilmente que una materia técnica y variable sea objeto de desarrollo legal. De ahí que el aludido derecho, por voluntad de la propia Constitución, sea materia de configuración legal. Por su parte, la Ley 142 de 1994, asignó a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones la competencia para "reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión" (Ley 142 de 1994, artículo 74-3-d). Resulta, en verdad, difícil concebir que antes de que se cumpla a cabalidad la función reguladora, puedan unas empresas considerarse titulares de un derecho a acceder al uso del espectro electromagnético, cuando ni siquiera ostentan el título de concesionarias de las respectivas licencias.

Si el acceso se establece "en los términos de la ley" y, precisamente, la ley dictada contempla el ejercicio de una competencia reguladora, a la cual luego se agrega una etapa de contratación pública, carece de asidero la pretensión de la Corte de construir este específico derecho haciendo caso omiso del marco legal. De otro lado, interpretar la derogación de una resolución proferida por la propia Comisión Reguladora de Telecomunicaciones, como violación flagrante de la Constitución y de la ley, revela un profundo desconocimiento de la naturaleza discrecional de las competencias asignadas a la comisión reguladora -lo cual de suyo no es inconstitucional-, la que se ajusta a las características propias de la materia sobre la que recaen. Un organismo regulador puede, en principio, derogar las normas generales dictadas por el mismo; lo contrario, equivaldría a constitucionalizar sus normas precedentes que tienen la misma jerarquía de las que se expiden con posterioridad.

La Comisión Reguladora de Telecomunicaciones dictó la resolución 54, norma general que se ocupa entre otros asuntos de fijar el cronograma para el establecimiento y selección de nuevos operadores del servicio de larga distancia. Posteriormente, la misma comisión, en ejercicio de idéntica competencia, mediante la resolución 57, procedió a derogar la anterior resolución. Las competencias reguladoras de las comisión, no se agotan con la simple expedición de sus actos normativos. Por el contrario, la actuación de dicha agencia del Estado corresponde a una manifestación concreta de intervención del Estado que se extiende en el tiempo y que, en el marco trazado por el Legislador, describe un ámbito de "deslegalización". El giro de la Corte invierte el proceso de intervención y concede a determinados actos generales del organismo regulador creado por la ley, el carácter de inmodificables, lo que conduce a desvirtuar el entero esquema de intervención y el presupuesto en el que se basa, que no es otro distinto que la posibilidad de responder de manera más flexible a las variaciones y condiciones de un entorno en el que obran variables técnicas y económicas cambiantes. De otro lado, para darle asidero a su tesis, la Corte se ve en la necesidad de ignorar que después de la Resolución 57, la misma comisión puede regular el tema relativo al ingreso de los nuevos operadores. Se demuestra así la frágil estructura argumentativa que sirve de soporte a la supuesta transgresión de un derecho fundamental - artificiosamente concebido- que la Corte asocia a un simple acto de derogación.

5. En todo caso, la Corte no explica cómo asume competencia para examinar el acto general de derogación producido por la resolución 57 emanada de la Comisión Reguladora, cuya revocación ordenada por la Corte Suprema de Justicia, confirma. Según el artículo 6, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991, "La acción de tutela no procederá: 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto".

No se puede descartar que los actos generales expedidos por la indicada comisión, puedan violar la Constitución y la ley. Sin embargo, la anulación de los mismos, por esos motivos, corresponde en principio a otra jurisdicción. El abuso de la discrecionalidad, debe probarse; no puede presumirse. Dentro del proceso previsto por la ley, el juez administrativo es el encargado de establecer si se ha presentado una desviación de poder por parte del órgano administrativo regulador. La Corte Constitucional, a este respecto, se limita a prohijar la razón que aducen los demandantes para explicar el acto de derogación: aplacar la presión del sindicato de Telecom. No obstante, no analiza los motivos expuestos por las autoridades reguladoras: inseguridad jurídica sobre el alcance de sus propias competencias. En relación con esto último, no puede dejar de mencionarse que contra los actos reguladores de la comisión, dictados en ejercicio de sus competencias, se instauraron numerosas demandas ante el Consejo de Estado, algunas de las cuales prosperaron, previa la declaración de la excepción de inconstitucionalidad de la ley que traza las funciones del organismo regulador, hecha por la máxima autoridad del a jurisdicción contenciosa administrativa. Por consiguiente, entrar a precisar y juzgar la motivación y de ella deducir la conformidad del acto general, es una materia que escapa a la competencia del juez constitucional y que reviste una complejidad innegable.

6. La Corte en la sentencia no hace la debida distinción sobre si enfrenta un problema de igualdad en la producción del derecho o en la aplicación del derecho. Dado que la demanda se refiere a los actos normativos que expide la comisión reguladora y, concretamente, se centra en la resolución 57 que deroga la resolución 54, ambos actos normativos generales, es evidente que, si en gracia de discusión, lo que estaba en juego era la violación del derecho a la igualdad, el fenómeno se reducía a establecer si en la creación del derecho, por parte de la comisión, se había quebrantado el mencionado derecho. Como se expone en detalle en la

segunda parte, la aplicación del *test* de igualdad reiteradamente seguido por la Corte, en modo alguno conduce a la conclusión a la que llega la sentencia en el sentido de que se hubiese violado la igualdad. Por lo demás, no es posible, desde el punto de vista subjetivo, plantear un término de comparación entre regímenes diferenciales para Telecom y los restantes operadores, puesto que la Resolución 37 -sobre telefonía local- no tiene como destinatario a esa empresa, sino que se aplica a todos por igual; de otro lado, la Resolución 57, se refiere a los sujetos que pretenden ser "nuevos operadores del servicio de larga distancia", y no se aplica a Telecom que es antiguo operador por virtud de leyes anteriores. Se desvanece la queja de los demandantes de que a Telecom se le permitió entrar a prestar el servicio de telefonía local - la verdad es que la ley y la comisión extendieron esta facultad a todos -, mientras que a los demás operadores se les ha negado el acceso al servicio de larga distancia, pues en este caso para éstos se requiere, porque así lo señala la ley, de concesión o licencia, es decir, no pueden hacerlo de manera automática. En cambio, la presencia y participación de Telecom en el mercado de larga distancia, es legítima e incuestionable, puesto que la prestación de un servicio público no puede interrumpirse mientras concluye el proceso de apertura y, además, porque ella obedece a permisos y autorizaciones originados en leyes anteriores.

Pero, si se alegare, que la vulneración de la igualdad se verifica en la aplicación de la ley, tampoco se puede sustentar el aserto de la Corte, puesto que la ley en este punto carece de contenido, ya que se limita a configurar una competencia reguladora general que radica en cabeza de la comisión y, de otra parte, el acto de derogación en sí mismo se proyecta sobre el ámbito de regulación general configurado previamente por el mismo órgano y no afecta situaciones concretas e individualizadas, las que sólo podrían haberse conformado con posterioridad.

En fin, sobra precisar que la función administrativa que se traduce en actos individuales o generales, debe sujetarse entre otros principios al de igualdad (C.P. artículo 209). Por consiguiente, el contencioso de la igualdad, no es un cometido exclusivo del juez constitucional. Con otras palabras, la sola circunstancia de que contra el acto de la administración se dirija un cargo de violación de la igualdad, no significa que el juez competente para conocer del mismo sea siempre el juez de tutela.

[2]

Texto de la ponencia original

1. Solicitudes de Tutela

En diferentes días de los meses de mayo y junio de 1997, los gerentes y representantes legales de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá; Empresas Municipales de Cali (Emcali); Empresas Públicas de Pereira, Empresas Públicas de Medellín, Empresas Públicas de Bucaramanga y Edatel S.A, interpusieron acción de tutela contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Consideran que la Comisión vulnera el derecho a la igualdad de la empresa que representan, porque mientras le permite a Telecom tomar parte en el servicio de telefonía local, le impide a las empresas actoras en el proceso entrar a competir en el servicio de telefonía de larga distancia. La omisión en expedir la regulación que autorice a las empresas demandantes competir con Telecom, otorga a ésta una protección injusta de su posición dominante.

Las empresas peticionarias solicitan que el juez de tutela le ordene a la demandada expedir de manera inmediata la reglamentación necesaria para que se promueva la competencia en la prestación del servicio de telefonía de larga distancia.

Señalan los actores que para la prestación del servicio de telefonía, tanto local como de larga distancia, es preciso que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expida la

correspondiente reglamentación, tal como lo señalan la Ley 142 de 1994 y las resoluciones 001/93 y 013/94, expedidas por la Comisión. Mediante la resolución 036 de 1996, la Comisión expidió la reglamentación necesaria para la prestación del servicio domiciliario de telefonía local la cual permite a Telecom prestar dicho servicio en todos los municipios de Colombia, incluidas las ciudades de Santiago de Cali y su zona de influencia; Pereira; Bogotá y Soachá; Bucaramanga; Medellín y algunos municipios de Antioquia; y Chocó. Sin embargo, la Comisión no ha hecho lo correspondiente para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional.

El gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá señala, además de lo anterior, que, según lo dispone la Ley 142 de 1994, es obligación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones "promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones"(74.3a) y "reglamentar la concesión de licencias de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se obrarán por la concesión"(74.3d).

Los actores sostienen, igualmente, que en el artículo 25.9 de la resolución 28 de 1995, expedida por la Comisión, se señaló que los nuevos operadores del servicio de telefonía de larga distancia iniciarían operaciones, a más tardar, el 1 de diciembre de 1996. Sin embargo, a pesar de que entre finales de 1995 y el 3 de junio de 1996 se expidieron algunas resoluciones reguladoras de este asunto, desde el 9 de noviembre de 1996 se dejó de reglamentar la materia.

Consideran que la omisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la reglamentación del servicio de telefonía de larga distancia "genera una ventaja ilegítima en cabeza de Telecom", por cuanto mientras que esta empresa puede prestar su servicio de telefonía local en Cali, Pereira, Bogotá y Soacha, Medellín, Bucaramanga y Antioquia, las empresas que representan no tienen oportunidad de competirle en el servicio de telefonía de larga distancia. Lo anterior las coloca en una situación de indefensión, pues no tienen mecanismos para impedir dicha ventaja de Telecom.

Sostienen, además, que el Ministro de Comunicaciones, el Viceministro y el coordinador de la Comisión, en una declaración del 26 de febrero de 1997, reconocieron que era "legal, legítima y justa la aspiración de las empresas de telefonía local de ingresar a la competencia en el servicio de larga distancia nacional e internacional". El gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá agrega, en su escrito, que la importancia de dicha declaración es que antes de emitida, "ni siquiera se reconocía a la E.T.B. ni a las empresas locales la oportunidad de poder prestar el servicio de telefonía básica de larga distancia, no como entidad descentralizada -no obstante lo dispuesto en el citado artículo 15.6 de la Ley 142- ni como empresa de servicios públicos -pues solo podía ser socia con un determinado porcentaje de una empresa que se constituyera al efecto-".

El gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá manifiesta, asimismo, que, a pesar de la existencia de la declaración del Ministro de Comunicaciones, la vulneración a la igualdad de oportunidades persiste. Ello por cuanto se ha manifestado que la aspiración de las empresas de telefonía local de ingresar a la telefonía de larga distancia e internacional solamente puede ser atendida dentro del marco de la ley, lo cual implica que requiere de la reglamentación respectiva y de la obtención de la licencia de concesión que expide el Ministro de Comunicaciones.

Los peticionarios expresan que el trato desigual denunciado se evidencia en el discurso del Ministro de Comunicaciones del 30 de abril de 1997, en el que señaló que la promoción

de la competencia en el servicio de telefonía de larga distancia estaba sometida a las reglas que Telecom había pactado con sus sindicatos en la Convención Colectiva del 8 de agosto de 1996. Consideran que la Convención es un acuerdo bilateral entre tales partes y que la misma no vincula legalmente a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ni a las empresas demandantes.

2. **Admisión de las demandas y pruebas solicitadas**

2.1 - El 23 de mayo de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia admitió la tutela presentada por el gerente de las Empresas Públicas de Medellín y ordenó recibir los testimonios de Oscar Gómez Gallego y José Joaquín Zuluaga Zuluaga. En la misma fecha, el Tribunal de Bogotá admitió la tutela presentada por el gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá.

- El 5 de junio de 1997, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali admitió la tutela presentada por el gerente de las Empresas Municipales de Cali (Emcali) y dispuso oficiar al Ministro de Comunicaciones y al coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para que expidieran una certificación jurada sobre algunos aspectos señalados por el actor en la tutela.

- El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira admitió la tutela presentada por las Empresas Públicas de Pereira y solicitó al Ministro de Comunicaciones la presentación de un informe acerca de la omisión a que el actor hacía referencia. Asimismo, le ordenó al coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que remitiera copia de la actuación relacionada con la petición de la actora para que se expidiera la reglamentación comentada. También le solicitó a las Empresas Públicas de Pereira que remitieran copia de las peticiones dirigidas a las autoridades competentes, a las que hace mención en su escrito de tutela. Adicionalmente, el 11 de junio, ordenó recibir testimonio sobre los hechos de la tutela al ingeniero Hernán Roberto Meneses Marín.

- El Juzgado Once Civil Municipal de Bucaramanga remitió al Juzgado Setenta y Cuatro Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá el proceso adelantado por las Empresas Públicas de Bucaramanga. Este juzgado admitió la tutela el 20 de junio de 1997 y le ordenó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que remitiera distintos documentos.

- El Juzgado Sesenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá admitió la tutela presentada por el representante legal de Edatel S.A y ordenó recibir la declaración de la señora Beatriz Elena Henao Quintero, secretaria general de la empresa.

2.2 a) El ingeniero Hernán Roberto Meneses Marín -asesor de las Empresas Públicas de Pereira en materia de telecomunicaciones- relacionó en su declaración las gestiones realizadas por las Empresas Públicas de Pereira y otras empresas ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministerio de Comunicaciones. Enfatiza la importancia que para las Empresas Públicas de Pereira tiene el servicio de larga distancia, como se evidencia en el hecho de que los ingresos que se obtienen por este concepto son equivalentes al 40 y el 45% de los ingresos totales del servicio de telecomunicaciones. Sostiene que las Empresas Públicas de Pereira han realizado inversiones de carácter técnico, administrativo y comercial para poder brindar ese servicio, razón por la cual se ven perjudicadas al no ser autorizadas para prestarlo. En este sentido sostiene:

> *"la no utilización de esa infra-estructura crea un lucro cesante (...) En el caso de la prestación de telefonía local por parte de Telecom la empresa está perdiendo la atención de un usuario que se valora en el mercado internacional en por lo menos*

mil dólares por cada usuario conectado. En el caso de Telecom Pereira tiene ya instalados 7000 abonados en condiciones de abierto incumplimiento aún a las normas que dieron lugar a la competencia en telefonía local; de tal suerte que la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliario le impuso a Telecom una sanción equivalente a la amonestación (...). Además de estas dos consecuencias está el no gozar de un derecho claramente consagrado en la Constitución y en la ley al no prestar servicio de larga distancia en donde los análisis que hemos realizado nos permiten ofrecer servicios de larga distancia internacional hasta el 30 o 40% por debajo de las tarifas ofrecidas por Telecom con márgenes de utilidad razonable para la Empresa; hemos dejado de ganar por no prestar el servicio".

Adicionalmente, el asesor de las Empresas Públicas de Pereira critica el trato desigual instaurado al establecer el cargo de acceso que debe pagar Telecom por cada minuto de utilización de la red de las Empresas. Este cargo fue fijado por la resolución 34 de la CRT en la suma de 30 treinta pesos por minuto, suma que contrasta con la que la CRT fijó para los operadores celulares -35.97 pesos-, "lo cual es abiertamente favorable a Telecom toda vez que en el año 96 se cursaron más de 200 millones de minutos por la red de Empresas Públicas a Telecom".

El asesor de las Empresas Públicas de Pereira sostuvo, igualmente, que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministro han expresado que la Empresas Públicas de Pereira podrán prestar el servicio de telefonía de larga distancia cuando se reglamente el proceso y se otorguen las licencias. Sin embargo, señala que la reglamentación que expidió la Comisión fue derogada por la resolución 57 de noviembre de 1996, resolución que deja sin fecha cierta el proceso de apertura y que no está debidamente motivada. De otro lado, al referirse a la resolución 28, que establece las condiciones generales para la competencia en larga distancia, manifiesta que dichas condiciones conducen a discriminar a las empresas de teléfonos locales en beneficio de sociedades extranjeras.

b) El Tribunal Superior de Antioquia recibió el testimonio del señor José Joaquín Zuluaga Zuluaga, especialista en planeación de telecomunicaciones y empleado de las Empresas Públicas de Medellín. En su declaración, señaló que desde la expedición del Decreto 1990 de 1990 se permite la competencia en los diferentes servicios de valor agregado, telefonía celular, telefonía local y el servicio de larga distancia nacional e internacional. Este decreto fue reglamentado, entre otros, por los Decretos 1794 de 1991 y 2121 de 1992. Posteriormente, con la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994 se consagra el objetivo de la competencia y la igualdad en la prestación de los servicios públicos y se otorga a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la función de promover dicha competencia. En este sentido expone el declarante:

"esta comisión ha expedido una serie de resoluciones, entre ellas algunas que regulan la competencia en lo que es el mercado de la telefonía local como es la resolución n° 36. Con esta resolución está claro que cualquier persona jurídica puede prestar el servicio de telefonía local con las mínimas condiciones y libre competencia. Con base en estas resoluciones, Telecom ha venido entrando en los diferentes locales del país y concretamente en el mercado local de las EEPP de Medellín a competirnos en la prestación de servicios de telecomunicaciones a nivel local. Esto le da la ventaja a Telecom con nuestra empresa, porque podrá ofrecerle a los usuarios de nuestra área de atención todos los servicios que está prestando, ya que se le está respetando a esta empresa el derecho que le da la ley a competir libremente en nuestro mercado. ¿Qué pasa con EEPP de Medellín? La ley y la

Constitución le dan exactamente los mismos derechos, teóricamente podría prestar servicio local, servicio de valor agregado y larga distancia nacional e internacional".

Se extiende, asimismo, sobre el servicio que prestan las Empresas Públicas de Medellín, y sobre las razones que tienen para exigir que se abra el mercado:

"En Colombia existen aproximadamente unas 30 empresas locales de comunicaciones, una de las cuales es EEPP de Medellín, y una empresa nacional que es la titular y dueña del servicio y de las redes a nivel nacional que es Telecom. Cuando un usuario desde su casa desea hacer una llamada de larga distancia tanto nacional como internacional, marca unos códigos o números y lo que hace es que la Empresa local le enruta su comunicación hacia la Empresa de larga distancia, quien la enruta nacional e internacionalmente hasta el usuario final. Queda claro entonces que el dueño de la llamada de larga distancia es Telecom, en el caso colombiano, y la empresa local sólo presta la red de acceso o red local para llegar a esa Empresa Nacional o internacional. Empresas Públicas solicita que ella pueda tener su red nacional e interconectar nacional e internacionalmente, porque con la nueva reglamentación Telecom puede construir sus propias redes para acceder a la red de larga distancia, y va del usuario inicial al final, esta es la competencia, pero pedimos que sea para todos. Que así como a Telecom se le permite manejar el negocio completo, que a las EEPP de Medellín se le permita manejar el negocio completo, porque será la única forma en que se podrá competir. Si no se nos respeta ese derecho a la igualdad, la empresa a mediano plazo verá muy comprometida su supervivencia. Adicionalmente el usuario se verá privado de múltiples cosas a las cuales tiene derecho, como: múltiples proveedores, mejores tarifas, mejores servicios y más eficientes, pero en última instancia su libertad a escoger de quién quiere comprar un servicio final".

Ante la pregunta de por qué la Comisión no ha reglamentado el servicio de larga distancia, el declarante responde que, si bien existe negligencia por parte de la Comisión, también existen otras razones para no reglamentar:

"El presidente de la junta directiva de Telecom es el Ministro de Telecomunicaciones y el presidente de la Comisión de la junta de telecomunicaciones es también el Ministro de Telecomunicaciones. Si se reglamenta o se le da el derecho que tenemos todos a competir en este proceso de larga distancia, el perjudicado entre comillas sería Telecom. Esto convierte al ministro como juez y parte en el proceso, ya que por una parte tiene la facultad como jefe de la comisión de regulaciones de promover la competencia, pero al mismo tiempo como presidente de la junta de Telecom puede promover para que la misma no se lleve a cabo. Este doble papel del ministerio lo hemos alegado y manifestado en varias oportunidades por las EEPP de Medellín, pero no hemos sido escuchados, solicitamos que se independicen estos dos papeles para que pueda haber una sana competencia. Otra razón que uno podría pensar que se puede dar para que no se haya reglamentado la competencia es que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y en general el gobierno, le tienen miedo a un paro de Telecom y el sindicato de Telecom ha amenazado con paralizar el país si no le dejan el monopolio por determinado tiempo; cuando dicen que vamos a estudiar la conveniencia de que haya o no competencia en el país, lo que es absurdo porque lo dice quien ostenta el monopolio. Una tercera razón sería una falta de voluntad general del gobierno".

Por último, manifestó que el ministro de Comunicaciones ha expresado que se debe cumplir la convención colectiva suscrita entre Telecom y su sindicato, en el sentido de que antes de abrir el mercado de la telefonía nacional e internacional se debería realizar un estudio acerca de la conveniencia de esta medida. Las empresas locales demandaron dicho acuerdo ante el Consejo de Estado, pero éste inadmitió la demanda, con el argumento de que las empresas demandantes, entre ellas las EEPP, no estaban legitimadas para demandar un acto que solo ataba a las partes.

c) El Juzgado Sesenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá recibió la declaración de la secretaria general de Edatel. Ella relató que, desde antes de la expedición de la Ley 142 de 1994, en los planes del gobierno se había determinado la apertura en el sector de telecomunicaciones. Luego de la expedición de la ley se obligó a las empresas de servicios públicos "a tener unos índices de cobertura y a realizar inversiones mucho más altas de las que podía hacer durante el monopolio". Igualmente, se ordenó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que reglamentara la larga distancia nacional e internacional. La Comisión reglamentó en un principio, pero luego derogó dicha reglamentación y "suspendió el acceso a las empresas telefónicas, entre ellas Edatel, a un análisis de conveniencia de la apertura que iba a hacer el sindicato, sabiendo que la autoridad competente que ya lo había hecho era el Congreso".

Sostuvo la declarante que Edatel tiene la misma infraestructura que Telecom para prestar el servicio nacional de teléfonos:

> *"En cumplimiento de la Ley 142, Edatel, antes Empresas Departamentales de Antioquia, EDA, se preparó para prestar dicho servicio, mediante una capitalización y además se han hecho grandes inversiones en equipos, e infraestructura de redes externa e internas, para responder a las exigencias y a la dinámica que ha tomado el sector de las telecomunicaciones, en este sentido podemos afirmar que, con todos los mecanismos que trae la Ley 142 sobre interconexión, Edatel podría prestar el servicio de larga distancia. Edatel no posee exactamente toda la infraestructura que tiene Telecom, ya que Telecom atiende muchos departamentos del país, pero es la única empresa que presta el servicio de telefonía en una extensión tan grande como el departamento de Antioquia y, por lo tanto, su red de transmisión técnicamente es muy similar a la de Telecom, a diferencia de otros locales que con unas pequeñas inversiones podrían prestar dicho servicio, la infraestructura y la experiencia en transmisión es excepcional en el país. Y en esta forma ha sido reconocida tanto por Telecom como por los órganos de regulación".*

3. <u>Contestaciones de las demandas y respuesta a cuestionarios</u>

3.1 -El 6 de junio de 1997, el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones contestó la acción de tutela instaurada por el gerente de las Empresas Públicas de Pereira. En primer lugar, destaca que el derecho a la competencia está consagrado en la C.P en el artículo 333, al igual que en el artículo 10 de la Ley 142, que dispone que: "Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos dentro de los límites de la Constitución y la ley". Igualmente, la Ley 142 establece que se requiere una licencia para poder prestar el servicio de larga distancia y que las empresas telefónicas locales están en competencia. Agrega que dentro de las funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones está la de abrir la competencia.

El coordinador cita las funciones generales y específicas de la Comisión. Dentro de estas últimas se encuentran las siguientes:

"Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en la Ley 142 de 1994".

"Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión (art 100 y art 74.3d)

De otro lado, señala que la Comisión es una Unidad Administrativa Especial (Decreto 2122/92), con independencia administrativa, técnica y patrimonial (Ley 142/94).

Finalmente, hace un recuento del proceso regulatorio de la apertura hacia nuevos operadores. En este marco, sostiene que en diciembre de 1996 se paralizó el proceso de apertura, con la expedición de la resolución 57. Esta derogó la 54, resolución con la que había concluido el trabajo regulatorio de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y en la cual se solicitaba que el Ministro de Comunicaciones estableciera, dentro de los siguientes 60 días, un cronograma. Señala que el Ministerio llegó a un acuerdo con el sindicato para la realización de dicho cronograma.

Argumentos similares son utilizados por el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para contestar las otras acciones de tutela instauradas contra la Comisión.

3.2. - El 16 y 24 de junio de 1997, la apoderada del Ministerio de Comunicaciones contestó las acciones de tutela instauradas por Emcali y las Empresas Públicas de Bucaramanga, respectivamente. En primer lugar, asevera que no hay violación al derecho a la igualdad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado acerca de cuándo se presenta un tratamiento diferenciado. Seguidamente, señala que el sector de las Telecomunicaciones se encuentra actualmente en un proceso de apertura del servicio público de telefonía de larga distancia nacional e internacional, proceso que ha respetado los principios constitucionales y legales sobre la materia.

Sostiene que la apertura de la competencia está sujeta a la previa reglamentación y concesión de licencias para el establecimiento de operadores, según lo disponen la Ley 142 /94 y las resoluciones 028, 032, 033, 035, 039 y 044. Señala que "alguna de esta reglamentación ha sido demandada, motivo por el cual la CRT ha sometido la continuación del proceso de apertura para la prestación del servicio de larga distancia, a la decisión final que los organismos jurisdiccionales tomen al respecto. Mal podría continuar con la aplicación de dicha reglamentación, si aun no se sabe, qué de lo ya reglamentado, quedará vigente".

Manifiesta que no es cierto que con la expedición de la reglamentación del servicio de la telefonía local y local extendida se haya generado una ventaja en favor de Telecom, porque a pesar de que no se ha reglamentado el servicio de larga distancia, la Comisión ha expedido otras resoluciones con el objeto de regular y propiciar la competencia en el sector de las telecomunicaciones:

"Es cierto que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió, entre otras, la resolución 26 de 1995, por la cual se establecen medidas de protección de los servicios de telefonía básica pública conmutada local y local extendida, pero igualmente es cierto que con el fin de cumplir con las funciones a ella asignada, esta entidad, ha venido expidiendo una serie de resoluciones cuyo

objetivo general tal como lo dispone el artículo 2 de la resolución 001 de 1993, es "regular y propiciar la competencia para que las operaciones del sector sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad", de funciones que posteriormente se establecieron de manera más específica en la resolución 13 de 1994. En este sentido puede consultarse la resolución 028 de 1995".

Sostiene igualmente, que la ley ha otorgado un trato diferencial a los operadores de larga distancia nacional e internacional y a los de telefonía local y local extendida; al respecto la ley 1900 de 1990 en sus artículos 35 y 37 estableció que:

Artículo 35. *"Las telecomunicaciones entre localidades del territorio nacional podrán hacerse en la modalidad de gestión directa, por la Nación o entidades descentralizadas del orden nacional, o por asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, autorizadas por el Ministerio de Comunicaciones".*

Artículo 37. *"La prestación de los servicios básicos internacionales se hará exclusivamente en gestión directa por personas de derecho público pertenecientes al orden nacional y especialmente autorizadas para el efecto por el Gobierno Nacional, sin perjuicio de las disposiciones especiales aplicables a los servicios de radiodifusión sonora y televisión.*

Parágrafo: También podrán ser autorizadas para prestar esta clase de servicios, empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, en las cuales participen asociaciones, conformadas por entidades descentralizadas".

De acuerdo a esta normatividad, el único ente del orden nacional autorizado para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional era Telecom. Con la nueva Constitución se inició un proceso de apertura a nuevos operadores, que continuó con la expedición de la Ley 142 de 1994, a través básicamente de los artículos 10 (libre competencia) y 22 (reglamentación) que exigieron que dichos operadores se ajustaran a las reglas establecidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En otras palabras, señala la apoderada del Ministerio, la Ley 142 permite a Telecom "la prestación del servicio de telefonía local y local extendida en cualquier parte del país obteniendo de las autoridades competentes las licencias, mientras que a las otras personas, que quieran prestar el servicio de larga distancia nacional e internacional, la ley las somete a una previa reglamentación por parte de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones".

Finalmente, la apoderada del Ministerio manifiesta que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones inició el proceso regulatorio con la resolución 14 de agosto de 1994, en cumplimiento del mandato que le impuso la Ley 142 de 1994, en el sentido de reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional y de señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión. Sin embargo, en 1996, a raíz de las demandas que se presentaron ante el Consejo de Estado, se suspendió la resolución 28 de 1995, y con la resolución 54 se concluyó, en términos generales, la reglamentación del proceso. Posteriormente, en razón de un análisis de la situación política y de orden público, se produjo la derogatoria de la resolución 54 y la expedición de la resolución 57.

El Ministerio contestó en el mismo sentido la demanda instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá. Al escrito de contestación se adjuntó la respuesta del Ministerio a una comunicación que le dirigiera el gerente de dicha Empresa, el 15 de mayo de 1997.

En su respuesta al gerente de la E.T.B., el ministro señaló, en primer lugar, que las facultades radicadas en cabeza de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para reglamentar la concesión de licencias para la prestación de los servicios de Telefonía básica de larga distancia nacional e internacional y establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de este servicio para ejercer el derecho, "no tienen límite de tiempo para efectos de su implementación, sin que esto quiera decir que el Gobierno Nacional a través del Ministro de Comunicaciones, quien preside la Comisión de Regulación, no se haya propuesto reglamentar dicho acceso en un período razonable y cuyo cronograma en la actualidad se está cumpliendo".

Sostuvo también el Ministro en su carta que, aunque esta facultad había sido ejercida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, a través de la expedición de las resoluciones 32, 33 y 40 de 1996, mediante la resolución 046 de 1996, "se decidió aplazar los términos del proceso de apertura para la prestación del servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional, en razón de la suspensión provisional proferida por el Consejo de Estado, de algunos artículos de la resolución 32".

Señaló que Telecom celebró con sus trabajadores, en 1996, una convención colectiva en la que se acordó que la continuidad del proceso de apertura para la prestación del servicio de larga distancia nacional e internacional se sometería a la realización de estudios y foros sobre la materia, como efectivamente manifiesta que se estaba llevando a cabo, con la intervención de expertos nacionales que representan al Gobierno, a Telecom y a sus trabajadores. Añade que este proceso continuará "hasta tanto las autoridades no declaren la ilegalidad de la realización del estudio y los foros respectivos".

El Ministro expresó que el Gobierno Nacional reconocía la importancia que tenía el proceso de apertura para el desarrollo del país; igualmente, sostuvo que el aludido proceso debe adelantarse en el marco de la ley y de los compromisos adquiridos "bajo unas condiciones que le permitan a la empresa privada entrar a prestar el servicio, pero al mismo tiempo le asegure a Telecom una competencia justa, tal como se adelanta en la telefonía local y que tantos beneficios le ha traído a los consumidores colombianos".

Según el Ministro, la competencia debía desarrollarse de acuerdo con los términos que fijaran la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y la licencia a expedir por el Ministerio de Comunicaciones. Advertía que el no acatamiento de estas condiciones acarrearía la imposición de las sanciones establecidas en el artículo 50 y siguientes de la Ley 1900 de 1990:

> *"Tales como suspensión inmediata de operaciones y el consecuente decomiso de los equipos, puesto que en la actualidad el único operador autorizado para prestar los servicios de larga distancia, es Telecom. Cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, que preste el servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional sin autorización previa y expresa del Ministerio de Comunicaciones, estaría operando clandestinamente y además de las sanciones mencionadas, los funcionarios respectivos podrían incurrir en falta disciplinaria y/o penales".*

4. <u>Sentencias de primera instancia.</u>

4.1 El 6 de junio de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió la acción de tutela presentada por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

El Tribunal señala que aunque la tutela no procede, en principio, como instrumento para lograr el cumplimiento de leyes o resoluciones, objetivo que debería perseguirse a través de

la acción de cumplimiento, es procedente interponerla cuando la vulneración de un derecho fundamental "no es exclusiva o que el no cumplimiento de la norma constituya una lesión o amenaza al derecho fundamental del accionante". Adicionalmente, juzga procedente la tutela aplicando el criterio residual, ya que la acción de cumplimiento "no ha sido desarrollada ni reglamentada". Sostiene que si esta acción estuviera reglamentada, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá podría recurrir a ella para "obtener la ejecución de lo mandatos contenidos en la Ley 142 de 1994 que dispone la apertura a la libre competencia, en desarrollo de claros preceptos constitucionales, como lo son los artículos 75 y 333, para que por la autoridad competente se dictara la reglamentación necesaria para la concesión de licencias para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional".

Considera que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones vulneró el derecho a la igualdad de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá al reglamentar la telefonía local y omitir expedir la reglamentación correspondiente para la larga distancia nacional e internacional. Sostiene que, a diferencia de lo que se expresa en las intervenciones del Ministro de Comunicaciones y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el servicio de telefonía local no es libre, circunstancia que se evidencia con la reglamentación expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y con los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994.

Para la Sala del Tribunal de Bogotá, existe un trato diferente otorgado a Telecom frente a la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, pues mientras que a la primera se le ha permitido competirle a la segunda en el campo de la telefonía local, a ésta no se le permite competirle a aquélla en el servicio telefónico de larga distancia. Este trato no tiene una justificación razonable, ya que no cumple ni con el principio de neutralidad ni con la prohibición de la utilización abusiva de la posición dominante, ambos consagrados en la Ley 142 de 1994. La justificación esbozada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -el cumplimiento de la convención colectiva pactada entre Telecom y su sindicato- no es admisible para el Tribunal, porque "busca extender los efectos interpartes de un negocio jurídico a terceros, con claro desmedro de preceptos legales y constitucionales".

La Sala Civil del Tribunal de Bogotá ordena que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, "proceda a elaborar un cronograma de actividades tendientes a que en el término máximo de tres (3) meses, se tomen las medidas pertinentes, para que se restablezca el derecho a la igualdad de las empresas de telecomunicaciones, en cuanto a la prestación de los servicios telefónicos local y de larga distancia en el distrito capital de Santa Fe de Bogotá y Soacha". Aclara que el amparo constitucional se circunscribe a la situación de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, porque, además del efecto interpartes de la tutela, "es claro que solo frente a dicha entidad existe el actual trato discriminatorio".

4.2- El 10 de junio de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia resolvió, en el mismo sentido que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la acción de tutela presentada por las Empresas Públicas de Medellín contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Se aparta de la decisión el magistrado Jairo Alberto Ramírez Giraldo, quien salva su voto. En su escrito, sostiene que la acción de tutela no es procedente cuando la orden que se imparte es el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo de carácter general o abstracto, ya que en este caso procede la acción de cumplimiento. Recalca que el artículo 2 del decreto 306 de 1992 dispone que "la acción de tutela no puede ser utilizada para hacer cumplir las leyes,

los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior". Señala que el Tribunal, al disponer que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones debe cumplir con las funciones especiales previstas en el artículo 74 de la Ley 142 de 1994, ha "ordenado la expedición de un acto administrativo de carácter general, orden que solo es posible impartir en desarrollo de una acción de cumplimiento".

Para el magistrado, la una única forma de proteger el derecho invocado por las Empresas Públicas de Medellín es disponer:

> *"Que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expida las resoluciones pertinentes que permitan a las Empresas Públicas de Medellín competir, en igualdad de trato, con el monopolio estatal de Telecom- así lo ordenó la mayoría de la Sala-, pues a esta última empresa ya no es posible suprimirle las concesiones o licencias obtenidas para competir en la prestación del servicio de telefonía pública básica local, máxime cuando, para la extensión de las redes, ya ha adelantado intensos y monumentales trabajos en diversas ciudades del país. Pero, precisamente por eso, es que la acción de tutela invocada es improcedente: porque solo se puede restaurar el derecho violado disponiendo que se expidan actos impersonales y abstractos."*

4.3- El 18 de junio de 1997, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resolvió la acción de tutela presentada por Emcali contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Sostiene que a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se le asignó, mediante el Decreto 1524/94, la función "de establecer los requisitos generales a los cuales deben someterse los operadores de servicio de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional... y de reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional".

Señala que la reglamentación de la telefonía local fue debidamente expedida, hecho que permitió a Telecom entrar a competir con Emcali. Sin embargo, dado que la reglamentación del servicio de telefonía de larga distancia no ha sido expedida, "se le ha reconocido una posición monopólica en la prestación del servicio a Telecom, lo cual constituye una clara vulneración al derecho a la igualdad de la entidad demandante con respecto a dicho servicio".

Respecto al argumento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones acerca de que los acuerdos realizados ente Telecom y sus trabajadores "son los que han incidido para detener el proceso de apertura del servicio de larga distancia, mediante la omisión de la correspondiente reglamentación", sostiene el Tribunal que un acuerdo interpartes no puede oponerse para defender el incumplimiento de la ley y, además, "no excusa a la CRT por el incumplimiento notorio que, además, acepta, por factores que no pueden ser considerados para la persistente omisión, que ya va para más de tres años".

El Tribunal, en consecuencia, concede el derecho a la igualdad de Emcali y ordena a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, "tome las medidas tendientes a hacer efectivo el derecho a la igualdad de Emcali con respecto a la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional".

4.4- El 17 de junio de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira concedió la tutela del derecho a la igualdad de las Empresas Públicas de Pereira. En su sentencia utiliza argumentos similares a los que desarrolló el Tribunal de Cali para concederle la tutela a Emcali.

La Sala Civil del Tribunal de Pereira destacó, además, que la Ley 142 de 1994, al regular los instrumentos de la intervención estatal en los servicios públicos, consagra como principio el de la neutralidad, el cual dispone que "todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en lo motivos que determina la ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobados". Por lo tanto, consideró que si las razones políticas o de orden público invocadas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -que se remitían a la convención firmada entre Telecom y sus sindicatos- no se ajustaban a la Constitución y a la ley, se vulneraba el derecho a la igualdad de oportunidades de las Empresas Públicas de Pereira.

Añade que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones cuenta con todos los elementos de juicio para reglamentar la concesión de licencias, tal como lo señala el Ministro cuando manifiesta que, en diciembre de 1996, la firma Arthur D´little presentó el "Plan Nacional de Telecomunicaciones", y que ya se han adelantado estudios para lograr la apertura en el menor tiempo posible.

La Sala Civil del Tribunal de Pereira ordena que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, "dicte la resolución pertinente enfocada a continuar el proceso de apertura que interrumpió y en el tiempo prudencial de tres (3) meses produzca la reglamentación para que las Empresas Públicas de Pereira puedan acceder a la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional, y de reunir los requisitos legales pueda conseguir la licencia correspondiente".

4.5 El 24 de junio, el Juzgado Sesenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá tuteló el derecho a la igualdad de Edatel y ordenó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, dentro de las 48 horas siguientes, tomara las medidas indispensables para que en el lapso de sesenta días se hiciera efectivo el derecho a la igualdad de la empresa accionante. En sus consideraciones sostiene que solicitó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que justificara las razones para otorgar un trato diferente a Edatel y Telecom, y que en su respuesta al Juzgado dicha Comisión no brindó elementos de juicio suficientes para considerar que el trato diferente era razonable.

4.6 El 4 de julio de 1997, el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, anteriormente Juzgado Setenta y Cuatro Civil Municipal, tutela los derechos de las Empresas Públicas de Bucaramanga. La parte motiva del fallo está dada en el mismo sentido que la del Tribunal de Cali para la tutela interpuesta por Emcali. Asimismo, la parte resolutiva coincide con las de los otros procesos descritos.

5. Cumplimiento de los fallos de primera instancia

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones dió cumplimiento a los anteriores fallos a través de diferentes resoluciones. En ellas adopta cronogramas de actividades, en los cuales básicamente se compromete a presentar a las empresas de telecomunicaciones, a los sindicatos, a Telecom, a los interesados y a la opinión pública "un documento que contenga la evaluación de las ventajas y desventajas de varias estructuras y las condiciones para la apertura a la competencia del servicio de larga distancia". Las resoluciones dictadas fueron: Proceso T-141334, resolución 071 del 19 de junio de 1997; proceso T-141745, resolución 070; proceso T-141785, resolución 068; proceso T-142430, resolución 069; proceso T-143426, resolución 072; proceso T-143410, resolución 078.

El Coordinador (E) de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones adjuntó a los diferentes procesos copia del documento denominado "Redireccionamiento de la Apertura",

el cual fue expedido en desarrollo de lo ordenado por varias de las resoluciones señaladas, y consiste en "la evaluación de las ventajas y desventajas de varias estructuras y las condiciones para la apertura a la competencia del servicio de larga distancia".

6. Escritos de impugnación y solicitudes de nulidad

6.1- El 17 de junio de 1997, se radicó la impugnación presentada por el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones contra la decisión del Tribunal de Bogotá; el 18 de junio de 1997, la presentada contra la decisión del Tribunal de Pereira; el 23 de junio de 1997, la presentada contra la decisión del Tribunal de Cali; el 16 de junio, la presentada contra la decisión del Tribunal de Antioquia; el 27 de junio, la presentada contra la decisión del Juzgado Sesenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá; el 10 de julio, la presentada contra la decisión del Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá.

El contenido de las impugnaciones es el mismo, razón por la cual se expondrán los argumentos de todas a continuación:

En primer lugar, considera la impugnante que los fallos se basan en un supuesto erróneo, cual es el de que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ha vulnerado el derecho a la igualdad de las empresas demandantes porque permitió a la única empresa que presta el servicio de larga distancia, Telecom, entrar al mercado de la telefonía local y local extendida. Sostiene que fue la Ley 142 de 1994, con fundamento en la Constitución de 1991, "quien permitió el ejercicio de tal derecho, también sostenido por la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990 artículo 2".

Seguidamente, el Coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones hace un análisis del régimen constitucional y legal de las comunicaciones y de los principios generales que se desprenden de dicha normatividad. Sostiene que la Constitución Política hace referencia al sector de las telecomunicaciones en los artículos 75 a 77. En cuanto al artículo 75, manifiesta que este recoge algunos criterios adoptados por la Ley 72 de 1989. Resalta que, tal como está consagrado en la Constitución, el espectro electromagnético es un bien público fiscal. En este sentido señala:

> *"Con base en la expresión 'igualdad de oportunidades en el acceso al uso" prevista en el artículo 75 de la C.P, consideramos que el constituyente quiso hacer del espectro electromagnético un bien público fiscal, ya que con dicha expresión refleja de manera clara el deseo de permitir la concurrencia de operadores estatales y particulares para llevar a cabo la prestación de servicios de telecomunicaciones, para este caso denominado telefonía pública básica conmutada (TPBC), de larga distancia (LD), nacional (LDN), internacional (LDI), derivados del uso del espectro electromagnético".*

Sobre el marco legal de las telecomunicaciones, manifiesta que existen dos regímenes diferentes que implican la aplicación de principios y autoridades diferentes. Por un lado, se aplica el régimen general de las telecomunicaciones -contenido en la Ley 72 de 1989 y en diversos decretos reglamentarios, entre ellos los Decretos 1900 y 1901 de 1991-, y de otro lado, se aplica a los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones el régimen especial consagrado en la Ley 142 de 1994 - reformado por la Ley 286 de 1996-, por medio del cual se establecen las reglas aplicables a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias o conexas, incluidos los de larga distancia nacional e internacional y la telefonía local.

Los principios que rigen las telecomunicaciones se encuentran en la Ley 72 de 1989. En esta ley se consagra igualmente lo referente a la intervención estatal en las telecomunicacio-

nes, a su objetivo principal y a la calidad de servicio público que ostenta. Por su parte, el Decreto 1900 de 1990, reglamentario de la Ley 72, consagra el estatuto general de las telecomunicaciones. Este decreto consagra, asimismo, el derecho a la competencia como base fundamental para la prestación de los servicios de telecomunicaciones y establece las sanciones para quien impida dicha garantía. Adicionalmente, el decreto 1990 desarrolla los principios consagrados en la Ley 72 de 1989 y regula (en los artículos 6, 7, 8, 9, y 10) lo referente a la prestación del servicio y los principios que lo rigen. Además, en cuanto a quien puede prestarlo, dispone, en su artículo 36:

> *Artículo 36: "Las entidades territoriales podrán continuar prestando, por sí mismas o a través de sus entidades descentralizadas, los servicios de telecomunicaciones que tengan a su cargo. Igualmente, podrán prestar nuevos servicios dentro del área de su respectiva jurisdicción, sea en forma directa o en forma indirecta mediante concesión, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones".*

El Coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, antes de referirse al derecho a la competencia en el régimen de las telecomunicaciones, señala que la Ley 142 de 1994 es la que regula de manera integral la materia de los servicios públicos domiciliarios, lo cual implica que las normas anteriores que le sean contrarias quedan derogadas. Considera como normas contrarias las siguientes: de la Ley 72, los artículos 1 y 5, que regulan la distribución de competencias y un régimen de reserva de la prestación del servicio en cabeza del Estado; del decreto 1990, el artículo 4, que contraría el artículo 10 de la Ley 142, y los artículos 34 a 37 que crean la reserva del Estado para la prestación del servicio. Asimismo, expresa que la Ley 142 derogó expresamente los numerales 17 a 21 del artículo 1 y los artículos 2, 3, y 4 del Decreto 2122 de 1992.

El Decreto 1990 estableció, en su artículo 6, una garantía general de competencias: "El estado garantiza el pluralismo en la difusión de información y en la prestación de opiniones, como un derecho fundamental de la persona, del cual se deriva el libre acceso al uso de los servicios de telecomunicaciones". Igualmente, en el artículo 13 dispuso: "Las concesiones de servicios de telecomunicaciones de que trata el presente decreto deberán otorgarse de modo tal que se promuevan la eficiencia, la libre iniciativa y competencia, la igualdad de condiciones en la utilización plena de derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones". El impugnante aclara que aunque estos artículos no hacen referencia a la protección de los consumidores, el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 y el numeral 2.6 del artículo 2 de la Ley 142 sí lo hacen. Este último establece la libertad de competencia y la prohibición de hacer uso de la posición dominante; igualmente, los numerales 11.1 y 11.2 del artículo 11 de la ley se refieren a la prohibición de abusar de la posición dominante y de establecer prácticas monopolísticas.

Señala el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, para cumplir con las funciones que le han sido asignadas, esta Comisión ha expedido una serie de reglamentaciones sobre la competencia, tales como la resolución 014 de 1994, que consagró la prohibición para los concesionarios de larga distancia de abusar de la posición dominante en el mercado. Igualmente, expidió la resolución 036 de 1996, que estableció el régimen de competencia de los servicios públicos de Telecomunicaciones y el de protección de los derechos de los usuarios.

De otro lado, considera que es infundada la afirmación de las empresas de telefonía de que los servicios de telefonía de larga distancia y de telefonía local sean iguales. Agrega que la misma ley los considera diferentes. El artículo 74.3 d) señaló como función especial de la

Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la reglamentación de la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional. Por lo tanto, manifiesta que fue la misma Ley 142 de 1994 la que estableció el esquema de prestación para los distintos servicios públicos, "exigiendo, para el servicio telefónico de larga distancia, la obtención de una concesión del Estado, y para la telefonía local exigió únicamente la debida constitución de la Empresa de Servicios Públicos y el cumplimiento de los artículos 25 y 26 de la ley". Entonces "es la misma ley y no la CRT la que prescribe sistemas diferentes para acceder a la prestación de los servicios de telefonía de larga distancia y para acceder a los servicios de telefonía local".

De lo anterior se deduce, según el coordinador, que la decisión tomada por los Tribunales de primera instancia en el sentido de restablecer la igualdad de las empresas demandantes para prestar el servicio de larga distancia en las mismas condiciones en que Telecom lo hace para el servicio de telefonía local, no es acertada porque:

> *"Sencillamente la ley no estableció el derecho a prestar el servicio de larga distancia* per se, *sino el derecho de acceder al mismo a través de la obtención de una concesión, previo cumplimiento de los requisitos que la CRT estableciera para el efecto, por lo que, en el presente caso se configura una especie de mera expectativa a prestar dicho servicio que solo se traducirá en un derecho, en la medida en que los aspirantes cumplan con las reglas del juego señaladas y ofrezcan las mejores condiciones para el país".*

Además de las condiciones anteriormente señaladas, se exige que la empresa esté constituida como Empresa de servicios públicos, "naturaleza jurídica que en la actualidad no ostenta la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá". Señala también el impugnante que a través de la resolución 28 de 1995 se había permitido la participación, en forma indirecta, de empresas telefónicas locales en los nuevos concesionarios de larga distancia, además de unas restricciones en la participación accionaria, todo lo cual demuestra que aun cuando se permitía el ingreso de las empresas demandantes, éste estaba restringido.

6.2. El 16 de julio de 1997, el apoderado de Telecom impugna la decisión del Tribunal de Pereira, del 17 de junio de 1997; en la misma fecha lo hace para el proceso de las Empresas Públicas de Medellín; el 21 de julio de 1997, para la decisión del Tribunal Superior de Cali; el 22 de julio, para la decisión del Juzgado 68 Penal del Circuito de Bogotá; y el 31 del mismo mes, para la decisión del Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá. Manifiesta el apoderado que Telecom resulta afectado por las decisiones judiciales tomadas en relación con la prestación del servicio de telefonía de larga distancia, nacional e internacional, por cuanto es la entidad "que monopoliza la prestación de este servicio conforme con la legislación vigente". Por lo anterior, considera que Telecom tiene un interés legítimo para intervenir en los procesos y coadyuvar a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Acerca de la petición de las partes demandantes de que se ordene a una entidad adscrita a un Ministerio expedir un acto administrativo, señala que es una posibilidad que ha sido reducida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a dos casos. Por un lado, a la protección del derecho de petición, en donde se ordena dar respuesta a la petición elevada. Y, por el otro, a aquellas situaciones que se presentan cuando una "entidad estatal se ha comprometido directa y expresamente con una comunidad a desarrollar obras o a adoptar medidas necesarias para garantizar su subsistencia", tal como se ha presentado en las sentencias T-007 de 1995, T-142 y T-144 de 1995. Sostiene el apoderado que en ambos casos se trata de actos administrativos

de carácter concreto, por lo que la tutela no es procedente cuando se trata de actos administrativos de carácter general. Pretender, como lo hacen las entidades demandantes, que un juez constitucional "ordene a un ente administrativo reglamentar la ley en un determinado sentido conlleva la violación de uno de los principios bases del estado moderno: el de la separación de las ramas del poder público".

En segundo lugar, señala que se equivocan los tribunales al equiparar los servicios de telefonía local y de larga distancia, pues los numerales 14.26 y 14.27 del artículo 14 de la Ley 142 dispone que son diferentes. Asimismo, según la misma ley, la telefonía local queda cobijada en el régimen general establecido en el artículo 10, y la telefonía de larga distancia bajo artículos particulares, tales como el 74, que consagra las funciones especiales de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, entre las que se encuentra la de reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional.

La diferencia de regímenes se fundamenta, por un lado, en que "la telefonía local no requiere, para su prestación, el uso del espectro electromagnético, mientras que la telefonía de larga distancia no puede existir sin emplear este bien público. En consecuencia la telefonía de larga distancia exige, a quien desee prestarlo, la concesión del uso del espectro electromagnético, a través de un contrato estatal, de acuerdo con lo establecido en los artículo 25 y 63 de la Ley 142". Y por el otro, en que la ley establece requisitos diferentes para cada acto reglamentario, los cuales obedecen a las exigencias que impone el uso del espectro electromagnético. Expresa que en este sentido se pronunció la Corte Constitucional, en la sentencia T-081 de 1993.

Considera, además, que no se viola el derecho a la igualdad porque con el cumplimiento de ciertos requisitos se permite a la administración otorgar un trato diferenciado sin incurrir en discriminación. Así ocurre en el presente caso: "No hay una identidad en las materias que la CRT debe regular y la diferencia no se basa en un simple capricho del legislador sino en un hecho que genera profundos efectos: la necesidad de acceder al espectro electromagnético".

6.3. El 16 de julio, el apoderado de Telecom solicita a la Corte Suprema de Justicia que declare la nulidad del proceso adelantado ante el Tribunal del Distrito Judicial de Pereira, en razón a que ni la acción de tutela interpuesta por las Empresas Públicas de Pereira ni el fallo del día 17 de junio de 1997 fueron notificados a Telecom. En la misma fecha, solicita la nulidad de la sentencia del 10 de junio de 1997, dictada por el Tribunal Superior de Antioquia dentro del proceso de tutela promovido por las Empresas Municipales de Medellín. En los días siguientes solicita también la declaración de nulidad de las sentencias proferidas, el 4 y el 22 de julio, por los Juzgados Sesenta y Uno Civil Municipal y 68 Penal del Circuito de Bogotá, respectivamente.

6.4. El Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá pide a la Corte Suprema la confirmación del fallo del Tribunal del Distrito Judicial de Santafe de Bogotá. Sostiene que la tutela es procedente para el caso en cuestión, y que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones vulnera los derechos a la igualdad de oportunidades y a la libre competencia de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, porque no existen razones que justifiquen la omisión de la accionada de promover la competencia en el servicio de telefonía de larga distancia.

Solicita a la Corte Suprema conceder la tutela como mecanismo transitorio, porque la empresa sufre un perjuicio irremediable, tal como lo demuestra la copia de una certificación del Citibank que adjunta al expediente, en la que se hace una estimación acerca de la pérdida

del valor de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá por la entrada al mercado local (Bogotá y Soacha) de la empresa Capitel, suma que es superior a los US $ 205 millones.

Igualmente, el gerente adjunta al expediente la resolución 002196 del 14 de junio de 1996, expedida por el Ministerio de Comunicaciones, mediante la cual se otorgó a Telecom licencia para hacer uso del espectro electromagnético, para que operara el servicio de telefonía local de Santafe de Bogotá y Soacha, por el término de 10 años.

También la apoderada de Edatel, en un escrito redactado en el mismo sentido, pide al Tribunal Superior de Bogotá, confirmar el fallo del Juzgado 68 Penal del Circuito de Bogotá.

7. Solicitud de pruebas y fallos de segunda instancia

7.1 El 15 de julio de 1997, en el marco del proceso T-141334, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ofició al Coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para que respondiera algunos interrogantes y para que adjuntara información concreta sobre el estado actual de la reglamentación sobre la competencia en el campo de la telefonía de larga distancia.

En su respuesta, el coordinador señaló, en primer lugar, que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones "ha expedido diversos actos administrativos relacionados con la regulación de la libre competencia para la prestación del servicio de larga distancia. Tales son la resoluciones números 028/95, 032/96, 033/96, 035/96, 038/96, 039/96, 044/96, 054/96 y 057/96". Además, precisa que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ha expedido una serie de resoluciones que dan cumplimiento a los fallos de tutela dictados sobre las demandas interpuestas por diferentes empresas públicas contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

En segundo lugar, manifestó que la resolución 028 de 1995 había sido demandada ante el Consejo de Estado, sin que se hubiera decidido aún sobre la petición de nulidad. Aclara que la resolución 014 de 1994 también había sido demandada ante dicho tribunal.

A la pregunta de la Corte sobre el estado administrativo actual del proceso de regulación de la telefonía de larga distancia, el apoderado de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones responde:

> *"El 15 de julio de 1997 culminó la etapa que se le concedió a los interesados para que tuvieran la oportunidad de presentar sus comentarios o recomendaciones sobre el esquema de tal regulación explicado en el documento titulado 'REDIRECCIONAMIENTO DE LA LARGA DISTANCIA', que la Comisión elaboró y puso a disposición de las empresas interesadas.*
>
> *A partir del 16 de julio del presente año se inició la etapa de análisis de los comentarios que fueron recibidos por la CRT".*

Señala, además, que este trámite no ha sido suspendido por la Comisión. Aclara que la resolución 042, expedida por la Comisión y mediante la cual se había suspendido el proceso de regulación para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia, perdió vigencia por la expedición de los actos administrativos posteriormente expedidos.

El apoderado de la Comisión adjuntó al expediente la resolución 014 de 1994, que reglamenta la prestación del servicio de telefonía básica de larga distancia nacional, y las resoluciones que dan cumplimiento a los fallos de tutela. Igualmente, se adjuntaron todas las resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que tienen que ver con el servicio de telefonía de larga distancia.

Luego de recibida esta información, la Corte Suprema decidió solicitar a la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado que informara acerca de las demandas presentadas en contra de las diferentes resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en lo que tiene que ver con el proceso de reglamentación sobre la prestación del servicio de telefonía pública conmutada de larga distancia. En el escrito se pide se informe en cuáles procesos se ha decretado la suspensión provisional o la nulidad de los actos administrativos demandados, en especial en lo que tiene que ver con las resoluciones No. 028/95, 014/94 y 057/96.

El 23 de julio de 1997, la secretaría de la sección tercera envió la relación de los procesos, con la aclaración de que no se había podido establecer si además de las relacionadas existían otras, ni tampoco si se había demandado la resolución 057 del 9 de noviembre de 1996:

- Proceso No. 11542, solicitud de nulidad de las resoluciones 014/94, 022/95 y 025/95. El 23 de mayo de 1996, la Sala negó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, decisión confirmada el 17 de octubre de 1996 al resolver el recurso de reposición. El proceso se encuentra en periodo probatorio.

- Proceso 11857, solicitud de nulidad de la resolución 028 de 1995. El 7 de junio se negó la suspensión, decisión que se confirmó el 25 de julio. El proceso se encuentra desde el 30 de abril de 1997 en el despacho del consejero.

- Proceso 11855, solicitud de nulidad de las resoluciones 028 de 1995 y 32 de 1996. El 13 de junio se negó la suspensión. El proceso se encuentra desde el 24 de junio 1997 en el despacho del consejero vencida la etapa de alegatos y a la espera de reconocer personería al apoderado de Telecom.

- Proceso 11856, solicitud de nulidad de los artículos 5, 7, 8 y 9 de la resolución 028 de 1995. El 9 de mayo se negó la suspensión, decisión que se confirmó el 13 de junio de 1996. El proceso se encuentra desde el 3 de febrero de 1997 en el despacho del consejero, con el fin de elaborar proyecto de sentencia.

- Proceso 11977, solicitud de nulidad de las resoluciones 028 de 1995 numerales 12.9 del artículo 12, 24.6 del artículo 24 y artículo 36 y el artículo 2 de la resolución 32 de 1996. El 11 de julio se decretó la suspensión provisional del artículo 2 de la resolución 32 de 1996, que subrogó el inciso 2 del artículo 36 de la resolución 028/95. En la actualidad, el proceso se encuentra en período probatorio.

- Proceso 13380, solicitud de nulidad del acto administrativo contenido en la letra E del punto 2 del acta de acuerdo del 18 de febrero de 1997, por la cual el Gobierno Nacional adoptó, entre otras decisiones, la de no expedir normas en el sector de telecomunicaciones que violen la convención colectiva de trabajo vigente. El proceso se encuentra en el despacho del consejero desde el 20 de mayo de 1997, para decidir sobre la nulidad.

7.2. El 16 de julio de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia decidió la impugnación presentada contra el fallo del 6 de junio de 1997, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá. Modificó el fallo, confirmando el numeral 1° y ordenando a la Comisión que en un término máximo de 48 horas elaborara un cronograma para el proceso de concesión de licencias para telefonía de larga distancia, con el fin de ajustar los plazos previstos en la Resolución 054.

La Sala señaló que los criterios básicos que tuvo en cuenta el Congreso al expedir la Ley 142 de 1994 fueron, entre otros, el reconocimiento de que los servicios públicos son

inherentes a la finalidad social del Estado, y el deber del Estado de asegurar su prestación a todos los habitantes del territorio nacional, garantizando cobertura, eficiencia y calidad de los servicios. Expresó que el logro de estos objetivos dependía, en parte, de la libertad de entrada para quienes quisieran ofrecer los servicios públicos, además del ofrecimiento de garantías para la competencia en la prestación y de la existencia de "control sobre los prestatarios de los servicios en calidad de monopolio para evitar abusos en la posición dominante; vigilancia sin obstrucciones burocráticas, y sanciones eficaces para los infractores de las normas".

Seguidamente, la Sala resume las resoluciones que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones había expedido antes de la interposición de la tutela bajo análisis, y observa que la derogatoria de la resolución 54, la cual regulaba el procedimiento de concesión para que pudieran establecerse operadores de larga distancia, "paralizó el proceso de apertura en relación con este servicio, rompiendo así la igualdad frente a la competencia en la telefonía local, regulada a través de las Resoluciones 35 y 36".

De otro lado, considera que las diferencias existentes entre los servicios de telefonía local y los de telefonía de larga distancia no implican que también la regulación de la competencia deba ser diferente porque:

> *"de un lado, se desconocerían principios rectores de la Ley 142 de 1994 en cuanto a la eficiencia de los servicios, abuso de la posición dominante y consagración de monopolios, y de otra parte, se eliminaría toda posibilidad de libertad de competencia en el servicio de telefonía pública de larga distancia nacional e internacional, rompiéndose el respeto del principio de neutralidad con el fin de que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación del servicio y según lo fija claramente, como criterio orientador de la intervención estatal el numeral 3.9 del artículo 3 de la citada ley".*

Para la Sala, es clara la violación al derecho a la igualdad de oportunidades de las empresas demandantes: "dejar sin efecto la reglamentación tantas veces señalada, cuando expedirla oportunamente es una de las funciones que le corresponden por ley, y que, para el caso de la prestación del servicio de telefonía local por parte de Telecom sí fue cumplida, es un claro acto de discriminación".

Añade la Sala que la Ley 142 exige que las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos se funden en los motivos que determine la ley, y que además los motivos que se invoquen sean comprobados. Sin embargo, este mandato no se cumplió, puesto que el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministro de Comunicaciones justifican la suspensión del proceso de apertura en razones de conveniencia, las cuales para la Sala no son "del todo bien explicadas, centradas según parece en el cumplimiento de las cláusulas de la convención colectiva firmada entre Telecom y sus sindicatos" y, además, son inaceptables porque implica "subordinar a intereses de organizaciones sindicales la vigencia de la Constitución y la ley, así como el desconocimiento del postulado, también de rango constitucional, según el cual es deber de las autoridades organizar los servicios en la forma que mejor convenga a los usuarios".

Concluye la Corte Suprema que la resolución 057, de noviembre 9 de 1996, es ineficaz, por ser contraria a la Constitución, y que, por tal motivo, la resolución 054, del 1 de noviembre de 1996, recobra plenamente su vigencia "correspondiéndole a la Comisión, mediante cronograma que expida al efecto, hacer los ajustes en el tiempo para que los plazos previstos en la citada

resolución tengan cumplimiento en cada caso, teniendo en cuenta además los proyectos y observaciones presentados hasta la fecha en cumplimiento del fallo de tutela del Tribunal".

El 17 de julio de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia decidió la impugnación presentada contra el fallo del 17 de junio de 1997, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. El fallo es idéntico al anterior. En la misma fecha, la misma Sala confirma el fallo del 10 de junio de 1997, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia y cita el fallo del 15 de julio, de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela promovida por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá.

De otro lado, el 4 de agosto, niega la solicitud de nulidad presentada por el apoderado de Telecom contra la decisión del Tribunal Superior de Pereira. Sostiene que no se vulneró el derecho de defensa de Telecom, porque del hecho de que pueda intervenir en el proceso como coadyuvante no se desprende la obligación para el juez de citarlo al mismo, pues la tutela está dirigida contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

El 29 de julio de 1997, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó en su integridad el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Este fallo de la Corte es muy similar a los anteriores, aunque agrega alguna información no contenida en aquellos. Por un lado, se añade lo referente a los procesos de nulidad que se encuentran en la Sección Tercera del Consejo de Estado contra las resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, especialmente la 28 de 1995 y la 14 de 1994. Además, respecto a la resolución 054 del 1 de noviembre de 1996, manifiesta la Sala que la Comisión decidió derogarla por medio de la resolución 057 de noviembre 6 del mismo año, sin motivación alguna, por cuanto la Comisión expone como única razón para la derogatoria que lo "ha considerado conveniente", lo cual para la Sala es "violatorio de las exigencias que en el cumplimiento de sus funciones le impone la Ley 142 de 1994" y genera una desigualdad indefinida entre las demás empresas descentralizadas frente a Telecom, a la que le asegura un monopolio no permitido por la Constitución.

La Sala cita, igualmente, la sentencia de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, de julio 16 de 1997 (T- 141785), para sustentar su desacuerdo con el impugnante en el punto referente a que la prestación del servicio de telefonía local es igual que la de la telefonía de larga distancia.

Concluye que la resolución 057 del 9 de noviembre de 1996, es violatoria de la Constitución y la ley "debiéndose por tanto aplicar al respecto la excepción de inconstitucionalidad a fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del citado acto administrativo y cese la vulneración al derecho de igualdad cuyo amparo se reclama".

De otro lado, el 6 de agosto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó integralmente el fallo del Juzgado 68 Penal del Circuito de Bogotá, y decidió no acceder a las pretensiones del apoderado de Telecom.

El 19 de agosto, también el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá confirmó en su integridad el fallo del Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, que tuteló el derecho a la igualdad de las Empresas Públicas de Bucaramanga. Aclara que aunque la ley 393, del 29 de junio de 1997, reglamentó la acción de cumplimiento, al momento de interponerse la tutela tal reglamentación aún no se encontraba vigente, razón por la cual era procedente la acción de tutela.

En la misma fecha, deniega la solicitud de nulidad propuesta por el apoderado de Telecom de la decisión del juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá y utiliza los mismos argumentos

que la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema expuso al denegar la solicitud de nulidad propuesta por Telecom contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

8. Cumplimiento de los fallos de segunda instancia

Mediante la resolución 081 del 18 de julio de 1997, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones dio cumplimiento a lo ordenado por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo de segunda instancia del 17 de julio de 1997 -dentro de la acción de tutela promovida por las Empresas Públicas de Pereira-, que confirmó la sentencia del 17 de junio de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira y estableció "un cronograma de actividades para poner en marcha de inmediato el procedimiento de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de telefonía pública conmutada de larga distancia nacional e internacional". En la misma fecha, mediante la resolución 080 del 18 de julio de 1997, se dio cumplimiento a lo ordenado por la misma Sala en fallo de segunda instancia del 16 de julio de 1997 -dentro de la acción de tutela promovida por las Empresas de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá-, que confirmó la sentencia del 6 de junio de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Igualmente, mediante la resolución 079 del 18 de julio de 1997 se dio cumplimiento al fallo del 17 de julio de 1997, de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo el 8 de septiembre de 1997, el Coordinador General de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo ordenado en el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial del 6 de agosto, y dando trámite a las resoluciones anteriormente expedidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en acatamiento de los fallos de tutela mencionados, adjunta la resolución 086, mediante la cual se reglamenta el proceso de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia, de acuerdo a lo establecido en los literales c) y d) del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994.

9. Aclaraciones y solicitudes de nulidad de los fallos de segunda instancia

9.1 El 22 de julio, el apoderado de Telecom solicita aclaración de la sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 17 de julio de 1997, fallada en favor de las Empresas Públicas de Pereira. Considera que la decisión tomada en ese fallo sería diferente si se hubieran considerado los siguientes aspectos: i) que el coordinador de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones al responder la tutela señaló que la Comisión tiene previsto un contrato con la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT- para realizar los ajustes finales al proceso y fijar las condiciones para que el Ministro de Comunicaciones y la Comisión expidan, respectivamente, las licencias y la reglamentación necesaria; ii) que la Comisión, en cumplimiento del fallo de primera instancia, elaboró el documento 'redireccionamiento de la apertura' y que aún no habían sido definidas las reglas del juego que regirían el proceso de apertura, por lo cual "no basta con la elaboración de un cronograma que permita hacer los ajustes en el tiempo para que los plazos señalados en la Resolución 054 puedan tener cumplimiento, tal como lo señala el fallo".

Considera que de la lectura del documento de "Redireccionamiento de la Larga Distancia" surgen interrogantes sobre aspectos fundamentales del proceso de apertura. Entre ellos se encuentran la determinación del monto a cobrar por el ingreso (valor de la concesión), el período de exclusividad para los nuevos concesionarios, la cobertura mínima del servicio, el plazo para el cubrimiento universal del servicio (todo el territorio nacional) y la forma de financiación del servicio universal (inversión social). Además, el mismo documento plantea

objetivos no tenidos en cuenta al expedir la resolución 054, tales como: garantizar recursos para los fondos de pensiones, dar viabilidad a Telecom y a las empresas locales, redireccionamiento de Telecom, protección de los activos de la Nación, capitalización del sector, ordenamiento del sector o regulación balanceada. De otro lado, señala que la Comisión se encuentra actualmente realizando un estudio preliminar con la UIT sobre las tarifas a cobrarse por el pago de las licencias de larga distancia.

Finalmente el apoderado de Telecom pide que se aclare la sentencia en los siguientes aspectos:

> *"a) La inaplicación de la Resolución 57 de la CRT, revive la Resolución 54 ya derogada, ¿Cuál es el fundamento jurídico para que el juez atribuya vigencia a la norma derogada?*
>
> *b) Si la Resolución No. 54 no concluyó la regulación y la CRT llega a la conclusión que deben modificarse estructuras y condiciones ya existentes, por ser desventajosas e inconvenientes, ¿Puede la CRT modificar aspectos de la Resolución 54?*
>
> *c) Si los elementos de la Resolución 54 y de las observaciones presentadas hasta la fecha de la sentencia, no son suficientes para elaborar la regulación, ¿Qué debe hacer la CRT?*
>
> *d) Si la CRT no tiene elementos para la determinación del valor de la concesión, ¿Qué debe hacerse?*
>
> *e) ¿Cómo se deben garantizar los recursos para los fondos de pensiones de Telecom? ¿Cómo se debe garantizar la viabilidad para que Telecom participe en igualdad de condiciones en la prestación del servicio de larga distancia? ¿Cómo proteger los activos de la Nación y de Telecom dentro del proceso de apertura?*
>
> *f) Si la CRT llegare a la conclusión que el sistema más conveniente es un TRIPOLIO, ¿Cómo cumplir con las seis tutelas a favor de empresas públicas de distintos entes territoriales, que ordenan garantizar el derecho a la igualdad para cada una de ellas?*
>
> *g) Si con el cumplimiento de la tutela, se llega a la conclusión de la no viabilidad de Telecom, ¿Qué debe hacerse?"*

Por las mismas razones, el apoderado de Telecom solicita aclaración de la sentencias de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de julio de 1997, dictadas en favor de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá y de las Empresas Públicas de Medellín.

9.2 - El 4 de agosto de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia niega las aclaraciones solicitadas por el apoderado de Telecom. Expone que, de acuerdo con los requisitos esbozados por la jurisprudencia para que proceda la aclaración, no se observan en las partes resolutivas de la sentencias, conceptos o frases que ofrezcan motivo de duda. Sostiene, además, que Telecom no es parte en el proceso, sino que ha actuado en coadyuvancia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la cual no ha pedido aclaración de la sentencia, "antes por el contrario, cumplió oportunamente la orden de tutela" Telecom, pues, no podría como coadyuvante entrar en contradicción con la parte según lo dispone el inciso 2° del artículo 52 del C.P.C.

- El 18 de julio de 1997, el Presidente del sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones -ATT, solicitó a la Corte Suprema de Justicia la declaración de nulidad

de todo lo actuado en el proceso de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por cuanto considera que en el trámite se vulneró el derecho al debido proceso, ya que ATT no fue notificada de la existencia del proceso, no pudiendo ejercer su derecho de defensa.

Manifiesta el presidente del sindicato de ATT: "Hemos tenido noticia, que el fallo de segunda instancia proferido dentro de este expediente, sostiene que la falta de reglamentación de la larga distancia justificada en la Convención Colectiva firmada por los Sindicatos y Telecom es inaceptable para ese Despacho, desconociéndose así los derechos a la negociación colectiva y las demás garantías laborales".

9.3 La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema denegó la solicitud de nulidad presentada por el Presidente del sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones -ATT. Consideró que el sindicato efectivamente podía intervenir en el proceso como coadyuvante de la autoridad pública contra la que se dirigió la acción si estimaba que tenía un interés legítimo en el resultado del proceso, sin que de ese interés se pudiese desprender la obligación para el juez de tutela de citarlo al mismo, porque la acción de tutela está dirigida contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, entidad encargada de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Varias empresas de telefonía pública, organizadas como entidades descentralizadas, en un caso del distrito capital y, en los demás, de las entidades territoriales, solicitan la tutela del derecho a la igualdad y a la libre competencia que, en su sentir, han sido violados por la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones (C.R.T), la que tiene el carácter de unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

La vulneración se origina en el supuesto uso desviado que la C.R.T., ha hecho de sus competencias reguladoras, derivadas de la ley y de la delegación presidencial que se radicó en su cabeza, que según las operadoras del servicio de telefonía demandantes, ha beneficiado a Telecom, generando en su favor ventajas competitivas que se concretan en extender injustificadamente el monopolio que hasta la expedición de la Ley 142 de 1994 ejercía en el servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional, al paso que en la prestación del servicio de telefonía local sí ha permitido que la mencionada empresa nacional concurra libremente con las operadoras locales. Con otras palabras, en tanto que Telecom, es objeto de un tratamiento normativo favorable por parte de la C.R.T., dado que a ella se reserva por el momento la exclusividad en la prestación del servicio telefónico de larga distancia nacional e internacional y, además, se autoriza su ingreso en el mercado de la telefonía local, las empresas que por ahora sólo desempeñan este último servicio, no han recibido tratamiento similar, puesto que, luego de tres años de expedida la citada ley, se mantiene para éstas la exclusión de la larga distancia nacional e internacional.

2. Como quiera que la desigualdad de régimen se vincula al ejercicio de las competencias normativas de la C.R.T., que se juzga ha favorecido a Telecom y perjudicado a las operadoras locales, conviene sintetizar los aspectos jurídicos directamente referidos a la actuación cuestionada.

2.1 **Telefonía local**

La principal norma expedida por la C.R.T., en esta materia, es la contenida en la Resolución 036 de 1996. Se propone ella desarrollar el régimen de libre competencia consagrado en la Ley 142 de 1994, en lo que concierne al libre acceso y prestación de los servicios de telefonía pública básica conmutada local (TPBCLE), local extendida (TPBCLE) y móvil rural (TMR).

Para el efecto señala que las empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones están habilitadas, por mandato de la ley, para prestar el servicio TPBCL, TPBCLE y TMR, sin necesidad de recibir una concesión del Estado, ni permisos, autorizaciones o licencias especiales. En consecuencia, las reglas que contiene la resolución se dirigen a facilitar el régimen de libre competencia, tanto en los aspectos físicos y técnicos (construcción y operación de redes, derecho de paso y uso etc.), como en los atinentes a su promoción y preservación (deberes y obligaciones de las empresas, derechos de los operadores, prácticas contrarias a la competencia, protección de los usuarios etc.).

2.2. Telefonía pública de larga distancia nacional e internacional

La Ley 142 de 1994 sometió a sus preceptos la prestación de los servicios de larga distancia nacional e internacional. El artículo 14 de la Ley 142 de 1994 define la larga distancia, en las dos modalidades, como un servicio público domiciliario "que se presta entre entidades del territorio nacional o entre éstas en conexión con el exterior".

A partir de la premisa de la libertad de empresa en el campo de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, consagrada en el artículo 10 de la Ley 142 de 1994 -"es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de servicios públicos dentro de los límites de la Constitución y la ley"-, la C.R.T., se dio a la tarea de regular el servicio de larga distancia, dentro del marco de sus competencias, las cuales se consignan en los literales c y d del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994, a cuyo tenor corresponde a dicho organismo: "c) Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicación del Estado [se entiende por red de telecomunicaciones del Estado el conjunto de elementos, entre los que se encuentra la parte del espectro asignada para la prestación de los servicios, que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre los mismos]; d) Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que cobrarán por la concesión".

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de julio de 1997, se hace la siguiente relación de las 16 resoluciones que, en punto al régimen aplicable al servicio de telefonía de larga distancia, había expedido la C.R.T., con antelación a la interposición de las acciones de tutela:

RESOLUCION	FECHA	TEMA
014	01-08-94	Reglamenta prestación de los servicios de TPCLD Nacional. 10 Meses de plazo para reglamentar concesión.
022	01-05-95	Deroga Resolución 014. El 1° de enero de 1996 debían publicarse los requisitos para participar en el proceso de selección para la concesión de licencias.
025	10-07-95	Fija cronogramas de concesión de licencias. El 1° de enero de 1997 fecha para iniciar operaciones LDN. El 1° de enero de 1998 fecha para iniciar operaciones LDI.
027	22-11-95	Fija número de concesionarios en tres y las normas de mercado y promoción de la competencia. Nuevo cronograma del proceso.

RESOLUCION	FECHA	TEMA
028	14-12-95	Deroga Resolución 027. El Ministerio concederá dos nuevas licencias. Fija requisitos, prohibiciones y obligaciones a concesionarios. Establece estructura tarifaria y cronograma.
032	16-01-96	Modifica cronograma de la Resolución 028.
033	26-03-96	Establece nuevo cronograma. Introduce el concepto del socio fundamental.
034	26-03-96	Fija cargos de acceso y uso de las redes para los operadores de TPCLD. Determina suficiente competencia el 60%.
038	21-05-96	Modifica concepto de red mínima.
039	03-06-96	Ajustes a las Resoluciones 028, 033, 034 y 036. Pago de concesión en tres contados por terceras partes en tres años.
040	03-06-96	Prorroga fecha límite de presentación de solicitudes hasta el 12 de agosto de 1996.
044	03-06-96	Tarifas para el suministro de capacidad de transporte para el servicio de TPCLD.
045	03-06-96	Fija cargos de acceso y uso de las redes de TPBC para operadores de TPBCL y TPBCLE y de las redes de TPBCLE para los operadores de TPCLD.
046	23-07-96	Aplaza términos del proceso hasta 30 días después de que el Consejo de Estado se pronuncie sobre la suspensión.
054	01-11-96	Se adoptan algunas medidas para regular el procedimiento de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de TPCLD. El Ministerio de Comunicaciones, dentro del plazo de 60 días, a partir de su vigencia, deberá fijar el cronograma para el establecimiento y selección de nuevos operadores del servicio de Telefonía Pública Conmutada de Larga Distancia (TPCLD).
057	09-11-96	Deroga la Resolución 054.

Es importante destacar que con la expedición de la resolución 54 de 1996 se concluía, por parte de la C.R.T., la regulación del procedimiento de concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio de TPCLD. De hecho, en el artículo primero se ordenaba al Ministerio de Comunicaciones que, mediante acto administrativo fijara en un término de sesenta días, el cronograma para el establecimiento y selección de los nuevos operadores del servicio de larga distancia.

El proceso de apertura de las telecomunicaciones, delineado en las resoluciones citadas, no pudo finalmente cumplirse. La C.R.T., en efecto, dictó la resolución 057 de 1996, la cual derogó la resolución 54 de 1996. De acuerdo con los documentos y afirmaciones que se recogen en el expediente, parece que dos hechos explican la suspensión temporal de la liberalización completa del sector de telecomunicaciones.

En primer término, en la Convención Colectiva de trabajo de Telecom se pactó con sus trabajadores lo siguiente: "Teniendo en cuenta que el proceso de apertura fue aplazado

mediante la resolución 46 del 23 de julio de 1996, se realizará un estudio que analice la conveniencia para el país del proceso de apertura en el orden técnico, económico y social. Una vez concluido el estudio, se convocará a un foro con la participación de todos los interesados en el proceso, (organizaciones sindicales, empresas públicas, sector empresarial, etc.), para analizar las recomendaciones del mismo. El Ministerio de Comunicaciones y Telecom coordinarán dicho proceso, conjuntamente con los sindicatos A.T.T. y Sittelecom. Las conclusiones y determinaciones del mencionado estudio se adoptarán a partir de agosto de 1997".

En segundo término, se anota por parte de los voceros del Gobierno que la prosecución de la apertura se condicionó a la decisión final que debía adoptar la jurisdicción contencioso administrativa, ante la cual se habían demandado numerosas resoluciones dictadas por la C.R.T., relativas al tema examinado. Es importante subrayar a este respecto que, el día 25 de septiembre de 1997, el Consejo de Estado- sección primera, declaró la nulidad de los artículos 9, 25, 26 y 27 de la resolución 28 de 1995 - algunos aspectos de esta resolución ya habían sido objeto de suspensión provisional -, por la cual se reglamentaba la concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional, lo relacionado con el espectro electromagnético requerido, tarifas y cargos de acceso, entre otros asuntos. En esta ocasión, el Consejo de Estado, inaplicó por inconstitucionales los artículos 68 y 74-3 literal d) de la Ley 142 de 1994, fuente de competencias de la C.R.T., con el argumento de que el legislador no podía transferir a un organismo de esta clase sus funciones de regulación en lo concerniente al régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y a la utilización y manejo del espectro electromagnético. Tampoco, a juicio del Consejo de Estado, el Presidente de la República podía delegar en la C.R.T. su atribución referida a la formulación de la política general de administración de tales servicios y de control de eficiencia, por tratarse de una materia íntimamente ligada al programa de gobierno que se ha comprometido a desarrollar. Posteriormente, el día 10 de noviembre de 1997, con razonamientos similares, el Consejo de Estado -sección primera-, declaró la nulidad parcial de la resolución 28 de la C.R.T. y de la resolución 32 de 1996 del mismo organismo. En esta sentencia, el Consejo de Estado estimó procedente inaplicar por inconstitucionales los artículos 68 y los literales c y d del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994, disposiciones éstas, vale la pena recordar, en las que se apoyaba la C.R.T., para regular el proceso de concesión de licencias con miras al establecimiento de operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD).

3. Con base en los hechos descritos, los diferentes fallos de tutela objeto de revisión tutelan el derecho a la igualdad de las operadoras locales del servicio telefónico, que no han podido acceder a la prestación del servicio de larga distancia. En particular, la Corte Suprema de Justicia, dispone inaplicar la resolución 57 de 1996 de la C.R.T., por ser contraria a la Constitución y, en su lugar, considera del caso restablecer la vigencia de la resolución 54 de 1996 emanada del mismo organismo, a fin de que a su amparo, en un término de cuarenta y ocho horas, se fije un nuevo cronograma para el establecimiento de operadoras del servicio de telefonía conmutada de larga distancia nacional e internacional.

Los jueces de tutela, se limitan en general, a acoger los argumentos esgrimidos por las empresas demandantes. La violación del derecho a la "igualdad de oportunidades", se imputa a la conducta de la C.R.T., que injustificadamente se abstuvo de concluir el proceso de apertura. La omisión se concreta en dos actos normativos: la resolución 47 de 1996 que aplazó la apertura y la resolución 57 de 1996 que derogó la resolución 54 del mismo año. El resultado que arroja lo anterior, aunque se manifieste a través de acciones normativas

tangibles, se traduce en una abstención o renuncia temporal a proseguir en la liberalización del sector de las telecomunicaciones ordenada por la ley, la cual produce un ganador - Telecom- y muchos perdedores - las empresas de servicios públicos locales. En tanto que el primero puede ingresar en el mercado de la telefonía local, los segundos no pueden hacerlo en el de la larga distancia, el cual, por el momento, sigue reservado a aquél. Las oportunidades de acceso al mercado, según los fallos de tutela, son el fruto de una actuación arbitraria de la C.R.T., que se refleja en el ejercicio de su función reguladora, la que se ha empleado - acción positiva que genera un privilegio- con el fin de permitir a Telecom operar en la telefonía local y, simultáneamente, se ha dejado de utilizar -abstención que viola la igualdad-, para que las empresas locales puedan acceder a la prestación del servicio de larga distancia.

4. Por regla general, los derechos fundamentales, en cuanto expresan exigencias radicales de respeto y promoción de la dignidad humana, se predican de las personas naturales. La historia de los derechos fundamentales se confunde con la reivindicación de las aspiraciones de emancipación de la persona humana. Las revoluciones que marcaron un hito en la lucha por los derechos no surgieron de pretensiones corporativas, sino de pretensiones arraigadas en lo más profundo del ser humano y contrapuestas a los poderes existentes y a los abusos y opresiones que provenían de los mismos. No es, pues, extraño que elevadas a norma positiva tales demandas de protección y de autonomía, la posición activa de los derechos fundamentales se reserve a la persona humana, y, la pasiva, a los poderes de orden estatal o social que contraen la correlativa obligación o deber de respeto y protección. Así se ha saldado por el derecho positivo la incesante pugna por mayores y más dilatados ámbitos de dignidad y libertad.

No obstante, la circunstancia de que la persona humana también despliega sus potencialidades y fortalece su acción uniéndose a otras e insertándose en instituciones y colectivos de la más variada naturaleza, ha hecho necesario extender el horizonte de protección que acompaña a la noción de derecho fundamental. De este modo, se ha señalado por la Corte Constitucional que, en algunos casos, las personas jurídicas pueden ser titulares de ciertos derechos fundamentales. Se trata de una formulación que en modo alguno tiene alcance absoluto. Por el contrario, la Corte se ha cuidado de otorgarle un campo asaz circunscrito y siempre subordinado a la consideración esencial de que la adscripción eventual de un derecho fundamental en su cabeza dependerá de que la naturaleza del derecho en cuestión permita su extensión a la persona jurídica y que, de otra parte, ello sea estrictamente necesario para garantizar ámbitos de libertad y dignidad de las personas naturales que se encuentran en la base de la organización. El *test* debe, por lo menos, pasar dos pruebas: (1) la naturaleza del derecho; (2) la comunicabilidad de la lesión a las personas naturales.

Un numeroso grupo de derechos fundamentales, en verdad, no es susceptible de ser ejercido por personas jurídicas, particularmente aquellos que encarnan de manera más directa el valor de la dignidad de la persona humana o suponen protecciones vinculadas a atributos físicos o morales propios de las personas físicas. El segundo elemento del *test* corresponde a la doctrina reiterada por la Corte Constitucional que supedita la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas al hecho de que éstas sirvan de vehículo para la práctica de los derechos fundamentales de las personas naturales. La aludida mediatización debe en todo caso adquirir relieve constitucional, de suerte que de no ampararse a la persona jurídica se deje expósita a las personas naturales que a través suyo realizan actos cobijados por los derechos fundamentales.

Tratándose de personas jurídicas de derecho público, la Corte ha sido todavía más restrictiva. Las entidades públicas, como emanación del Estado, normalmente ocupan la

posición pasiva de los derechos fundamentales, en el sentido de que contra ellas justamente se dirigen las pretensiones de libertad o de protección en que consisten los derechos constitucionales fundamentales; lejos de ser sujetos morales de libertad, su misión es respetar y promover las condiciones de orden material y social necesarias para que las personas humanas gocen de ella. Sin embargo, en casos excepcionales se ha admitido que tales sujetos - cuya actuación se mide y se explica en términos de las competencias atribuidas por la ley y no en razón de una necesidad de libertad y de protección originarias - pueden ser titulares de derechos fundamentales. Sólo derechos como el debido proceso, que por su propia naturaleza son susceptibles de tener un valor objetivo que trasciende la dimensión humana hasta convertirse en reglas de funcionamiento del sistema jurídico como un todo, pueden excepcionalmente predicarse de entes públicos.

No quiere decir lo anterior que los sujetos públicos no sean titulares de derechos y obligaciones. En realidad, dichos entes son creaciones del ordenamiento jurídico y de este reciben los elementos que configuran su régimen sustantivo y procesal. Empero, la condición de personas jurídicas de derecho público no las coloca automáticamente y de manera universal como titulares de derechos fundamentales.

5. La vocación puramente excepcional de los sujetos públicos para ser titulares de derechos fundamentales, lleva a la Corte a analizar si se encuentra en una situación en donde sea del caso predicar dicha titularidad.

La controversia se ubica en el campo de los servicios públicos. Se pregunta la Corte si la libertad económica para el acceso y prestación de los servicios públicos constituye, en primer término, un derecho fundamental. Para absolver el interrogante, conviene dejar sentadas dos precisiones sobre la noción misma de derecho fundamental: su carácter de límite a la democracia y su inalienabilidad.

Las pretensiones que constituyen el objeto de un derecho fundamental se sustraen al principio de las mayorías políticas, que da vida y sentido a la democracia. La manifestación más conspicua y constante de la democracia se manifiesta a través de la discusión y aprobación de las leyes por el Congreso de la República. Las leyes, pese a provenir del órgano que articula el principio democrático, no pueden afectar el núcleo de los derechos fundamentales y, en todo caso, las limitaciones o restricciones que aparejen deberán ser razonables y proporcionadas. En este sentido, puede decirse que los derechos fundamentales limitan y orientan a la democracia. El constituyente eleva a la categoría de derechos fundamentales facultades y posibilidades de ser y de acción, que no desea sean menoscabadas o permanentemente puestas en cuestión por la democracia. Lo que en esencia pertenece a un derecho fundamental, está por fuera del debate democrático y de sus vicisitudes. En últimas, esta es la razón de ser de su consagración.

Para el titular de un derecho fundamental, su contenido no le puede ser cercenado ni transferido a otro. Menos al Estado. Los derechos fundamentales comportan asignaciones de valor y de *status* que realiza el constituyente como reconocimiento a la dignidad de la persona humana. Privar a la persona de un derecho fundamental, por consiguiente, equivale a negar su condición como sujeto moral. Los derechos fundamentales no son expropiables por el Estado, ni éste puede reservarse para sí su ejercicio.

En el caso de los servicios públicos, justamente porque su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, constituye un deber para el Estado, la Constitución ha dispuesto que ellos queden sometidos "al régimen jurídico que fije la ley". Los servicios públicos son, pues, una materia que en su integridad se remite al régimen que determine la ley.

El contenido y alcance del quehacer concreto que corresponda al concepto de servicio público no lo señala la Constitución. Mal puede afirmarse aquí la existencia de derechos fundamentales, cuando la articulación de derechos, obligaciones, limitaciones, restricciones, etc., se libra a la ley. Naturalmente, la ley que establezca el régimen de los servicios públicos, como toda ley, debe sujetarse a la Constitución, extremo forzoso que en modo alguno indica que la actividad regulada sea en sí misma un derecho fundamental. En este sentido, es evidente que si la ley decide reservar para el Estado un servicio público, antes prestado por los particulares, deberá hacerlo mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, presentada a iniciativa del Gobierno, debiendo indemnizar previa y plenamente a los que se vean privados del ejercicio de la respectiva actividad (C.P., artículo 365). La disposición constitucional citada, que contempla la posibilidad de que los particulares que presten un servicio puedan ser "privados" de su ejercicio, demuestra que no se está frente a un derecho fundamental. Aún previa la indemnización plena, el Estado en ningún caso podría reservarse para sí el ejercicio de un derecho fundamental, privando al particular del mismo.

Dado que los derechos y obligaciones de las personas que prestan servicios públicos, sean ellas de origen estatal o privado (comunidades organizadas o particulares), son los que determina la ley, en razón de la atribución expresa contenida en el artículo 365 de la C.P., mal pueda afirmarse que los derechos de la empresas públicas demandantes sean *ex constitutione* cuando es manifiesto que son *ex lege*. Se comprende, de otro lado, que la regulación de los servicios públicos no se haya petrificado a nivel constitucional, por ser una materia que debe en cada momento histórico conformarse según las necesidades y condiciones de la época. El deber constitucional, radicado en cabeza del Estado, de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, admite varias formas y modelos de configuración, que no están prefigurados en la Constitución. Esta se limita, a este respecto, a generar un ámbito de competencia asignado al legislador, tan amplio que comprende desde la prestación estatal directa o indirecta hasta la reserva del respectivo servicio público, lo que comporta la adopción de regímenes más o menos intervencionistas, siempre en conformidad con lo que decidan las eventuales mayorías políticas que toman asiento en el Congreso.

En este orden de ideas, los derechos de los operadores de los servicios públicos establecidos en la ley, precisamente por tener este origen, no tienen el carácter de derechos fundamentales. Ahora bien, si estos derechos son desconocidos por el Estado o por el organismo de segundo grado al cual se le ha confiado la regulación de algunos aspectos del sector, las acciones correspondientes tendrán que elevarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este caso, no solamente existen medios judiciales ordinarios, sino que el derecho conculcado no tiene la naturaleza de un derecho fundamental, puesto que se trata de discutir pretensiones o facultades que emanan de la ley.

Aún en el evento de que se llegare a considerar, en gracia de la discusión, que el derecho de los operadores de servicios públicos corresponde al derecho de libertad económica y libertad de empresa consagrados en la Constitución, tampoco la acción de tutela sería procedente. Ninguno de los dos derechos tiene a juicio de la Corte, el carácter de fundamental, en cuanto no se enuncian así en la Constitución, carecen en abstracto de conexidad esencial con los que sí ostentan esta condición y, finalmente en este campo, el espacio de configuración normativa y de intervención por parte del legislador es significativo. Por lo demás, el derecho a la libertad económica y a la libertad de empresa, tienen íntima relación con el derecho de propiedad que, en principio, no reviste tampoco el carácter de fundamental.

De acuerdo con lo expuesto, las empresas demandantes, como sujetos de derecho público, sólo excepcionalmente podrían ser sujetos activos de un derecho fundamental. La violación de derechos de naturaleza legal -como el de acceder a la prestación del servicio de larga distancia-, no se ventila a través de la acción de tutela. Pero, incluso, aceptando que dicho derecho se derive directamente de la Constitución como una forma específica de la libertad de empresa o de la libertad económica, por no ser estos últimos derechos fundamentales, ni siquiera en este supuesto la acción de tutela sería procedente. La aplicación del *test* dirigido a establecer si se da la hipótesis excepcional de que un sujeto de derecho público ocupe la posición activa de un derecho fundamental, no puede proseguirse ya que falta un presupuesto esencial: la existencia de un derecho fundamental.

6. Sin embargo, podría aducirse, como lo hacen los jueces de instancia, que el derecho fundamental violado es el derecho a la igualdad de oportunidades. La Corte debe analizar con detenimiento esta tesis.

Se ha advertido repetidas veces que el derecho a la igualdad es relacional. No existe un núcleo sustantivo de la igualdad. Además, se precisa señalar concretamente si la desigualdad se produce con ocasión de la creación de la norma -igualdad en la ley-, o si ella se presenta en el momento de su aplicación. Del mismo modo, aparte de identificar los términos de la comparación, debe definirse con claridad, por parte del juzgador, el patrón de comparación, vale decir, la perspectiva a través de la cual se postula el trato semejante.

Si un determinado derecho es objeto de violación por parte de una autoridad pública, lo pertinente es demandar a través de la acción judicial correspondiente la lesión o el agravio producidos y solicitar, por consiguiente, el restablecimiento de dicho derecho o el resarcimiento a que haya lugar. Si la afectación del derecho se circunscribe a una persona o grupo de personas, de todas maneras se sigue violando el mismo derecho. En la fase de aplicación de la ley, el desconocimiento de un derecho legal singular no se trueca en violación del derecho a la igualdad, así la lesión no tenga carácter universal, sino que se mantiene como violación de la ley. De lo contrario, toda violación a la ley en el estadio aplicativo del derecho, se resolvería en un quebranto del derecho fundamental a la igualdad. Por este camino, los derechos simplemente legales o los constitucionales no fundamentales mutarían su condición a derechos fundamentales y, por ende, la acción de tutela adquiriría la función de defensa de todos los derechos existentes.

El derecho a prestar los servicios de telefonía de larga distancia se concede a las empresas públicas demandantes, en virtud de la Ley 142 de 1994. Si de este derecho sólo goza Telecom, en el momento presente y no las restantes empresas, en virtud de una decisión de la autoridad pública encargada de aplicar la ley, lo que se desconoce entonces es el derecho a la libre competencia, la libertad económica y la libertad de empresa. Estos derechos, que en el caso presente se configuran legalmente, no son derechos fundamentales y, de acuerdo con el planteamiento que se acaba de formular, no se convierten en tales sólo por el hecho de que la acusación en lugar de presentarse como violación a la libre competencia, se articule como quebranto a la igualdad en cuanto que la autoridad ha permitido a unos el ejercicio de la libre competencia, mientras le niega este mismo derecho a otros. Lo que se concreta aquí es pura y simplemente la violación a la libre competencia.

7. Si se estimase que la violación alegada se produce en la creación del derecho, esto es, a propósito de la expedición de normas por parte de la C.R.T., la desigualdad "en la norma", sólo se acreditaría con la demostración de que la diferencia o distinción efectuada por el órgano regulador resulta carente de base objetiva y razonable.

La apertura a la libre competencia en lo que tiene que ver con la telefonía local, regulada en la norma expedida por la C.R.T., arriba analizada, no hace distinciones entre Telecom y las restantes empresas. Como operadoras del servicio, uno y otras, pueden acceder al servicio de telefonía local. Las ventajas eventuales que en este mercado pueda materialmente exhibir Telecom, por su tamaño, experiencia, equipos y otras circunstancias, son ajenos a la norma y no la convierten en destinataria y beneficiaria exclusiva de la apertura. El objetivo de la ley y de la resolución no ha podido ser el de uniformizar a todos los concurrentes en el mercado - pretensión que apunta a un igualitarismo que es preciso descartar -, sino el de promover la libre competencia y la eficiente prestación del servicio. No puede violar la igualdad una norma que entre los términos de comparación -Telecom y las demás empresas-, no introduce diferenciación alguna de trato. Las oportunidades de prestación de esta modalidad de servicio, no se ofrecen a un operador en particular y, por el contrario, se extienden a todos.

8. En lo que concierne a la larga distancia, la situación es diferente. Telecom, por el momento, es el único operador, no por un motivo ilegítimo, sino porque, en virtud de las normas legales anteriores, este servicio bajo la forma de monopolio estaba reservado por el Estado y se radicaba en dicha empresa pública. Siendo además un servicio público ha debido prestarse de manera ininterrumpida por el indicado ente. La Ley 142 de 1994, sin embargo, normativamente ha puesto término al aludido monopolio y, para el efecto, ha otorgado a la C.R.T., competencias reguladoras en orden a establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de este servicio para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicación del Estado. Adicionalmente, según la ley, corresponde a la C.R.T., reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional y, asimismo, señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión.

El estado de cosas nuevo que se pretende instaurar se refiere a la introducción de nuevos operadores, no a la eliminación de Telecom el cual ha prestado el servicio mediante autorización de la ley y lo continúa haciendo, puesto que lo que se ha dispuesto es únicamente la pérdida de su exclusividad. En este sentido, las oportunidades que brinda la ley se extienden a los que incursionarán en el mercado de larga distancia y que, en su momento, competirán entre sí y con Telecom.

Por esta razón, las resoluciones sobre el procedimiento de concesión de licencias en esta materia, se refieren a la selección de "nuevos operadores del servicio de TPCLD". En dichas normas, cuyo único potencial destinatario es el "nuevo operador", dado su objeto, no se hacen diferenciaciones con Telecom que, por definición, pertenece a la única categoría del "antiguo operador".

Mientras el proceso regulador no concluya, no puede plantearse una supuesta desigualdad entre Telecom y los demás operadores, ya que el primero presta el servicio de larga distancia con fundamento en autorizaciones legales anteriores que en su oportunidad lo habilitaron como operador de larga distancia y, los segundos, sólo podrán prestar dicho servicio cuando el Estado otorgue la respectiva licencia que los habilite como "nuevos operadores". En modo alguno, puede considerarse que el requisito legal de la licencia sea en sí mismo irrazonable o que carezca de base objetiva, máxime si gracias a él se accede al espectro electromagnético.

La decisión de aplazar el cronograma para el establecimiento de los nuevos operadores y, más tarde, la derogación de la resolución dictada por la C.R.T., que daba término a las definiciones normativas previas a la apertura del servicio de larga distancia, tienen como destinatarios directos a los nuevos operadores. No se refieren estos actos a Telecom. Se afirma, sin embargo, que el beneficiario del aplazamiento y de la derogación, sin duda era

Telecom, ya que la demora de la apertura significaba concederle a la empresa estatal una ventaja competitiva, consistente en mantenerse como único operador de larga distancia y, al mismo tiempo, gozar de la apertura del mercado de telefonía local.

En realidad, la disparidad que a este respecto puede observarse entre Telecom y las empresas demandantes no obedece a distinción alguna que se haga en los actos normativos mencionados, sino al efecto material de diferir el proceso de apertura por parte del órgano regulador. La actividad prestacional de Telecom, se repite, no se origina en ninguna autorización dada por la C.R.T. La dilación del proceso de apertura se relaciona con la oportunidad y el margen de discrecionalidad que la ley concede a la C.R.T., para adoptar las medidas pertinentes, sobre lo cual cabe un debate que por versar sobre la validez de actos administrativos generales debe surtirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De otro modo: (1) la C.R.T., no ha dictado regímenes distintos para Telecom y las demás empresas de servicios de telefonía; (2) la diferencia que se presenta entre Telecom y las empresas públicas demandantes, es una consecuencia material de la decisión de la C.R.T., de diferir temporalmente el establecimiento y selección de nuevos operadores de larga distancia; (3) el alcance del margen de discrecionalidad y el control de la oportunidad de la medida, predicables de las competencias atribuidas por la ley a la C.R.T., escapan en principio al juez de tutela, por tratarse de aspectos de mera legalidad cuya resolución se ha confiado a los jueces pertenecientes a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (4) son los jueces de esta última jurisdicción los encargados de establecer, a la luz de la ley, si la C.R.T., no podía abstenerse de aplazar el cronograma de la apertura o derogar una de sus resoluciones, y si al hacerlo podía o no darle algún peso a lo estipulado en una convención colectiva de trabajo. En cambio, un problema de legalidad referido a la expedición de actos administrativos -que obligaría al juez de lo contencioso administrativo a plantearse la existencia de una desviación de poder-, se ha tratado como asunto de constitucionalidad. El juicio sobre la oportunidad de la medida administrativa y los efectos materiales que acarrea, en este contexto, de manera equivocada se ha hecho aparecer como la generadora de un trato jurídico distinto que se proyecta directamente como violación del derecho a la igualdad.

9. Finalmente, la Corte anota que el juicio de igualdad no se desarrolla debidamente en los fallos de instancia. No se acierta a establecer la inequidad de trato, pues la comparación que se hace respecto de Telecom en el sentido de que participa en el mercado libre de la telefonía local, no se puede afirmar exclusivamente de aquél, sino que se predica de todos los operadores. Para abolir la ventaja de Telecom -sus mayores oportunidades-, lo que en el fondo se plantea es que la apertura real de los dos servicios (telefonía local y de larga distancia) debió haber ocurrido en un mismo momento en el tiempo y, tal vez, de manera inmediata, luego de la expedición de la ley, ya que sólo así se habría podido evitar que Telecom operara a la vez en un mercado competitivo y en otro reservado.

No se deduce de la ley, sin embargo, que la C.R.T., hubiese debido adelantar simultáneamente la apertura de los dos servicios. Por el contrario, la posibilidad de que el ejercicio progresivo de las competencias de la C.R.T. diese lugar a un proceso de apertura donde los servicios se liberalizan en una determinada secuencia y dentro de un lapso razonable, no repugna a la ley y, en todo caso, consulta la complejidad de la materia. Aunque este punto debe resolverse por la jurisdicción contencioso administrativa, es oportuno anotar que en cualquier sentido en que se decida, carece de implicaciones en lo que atañe a los derechos fundamentales y que, si algo queda claro, es que la disparidad cuantitativa de las oportunidades

se encuentra en función de la temporalidad de la apertura y en si se opta por un modelo progresivo de liberalización de servicios, extremos ambos cuya definición se ha confiado a la ley.

Fecha *ut supra*

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

SENTENCIA SU-195
mayo 7 de 1998

NOTIFICACION EN ASUNTO DE TUTELA-Por correo o fax

DEBIDO PROCESO-Falta de notificación al demandado

Como reiteradamente se ha afirmado por esta Corporación, la falta de notificación al demandado constituye una causal de nulidad de lo actuado por que se erige en una violación del derecho de defensa, derecho incluido dentro del concepto de "debido proceso" que la Carta Política reconoce como derecho fundamental de las personas. En efecto, el enjuiciamiento del demandado en ausencia del mismo, implica una grave infracción a una formalidad esencial de dicho enjuiciamiento y, por contera, al derecho fundamental del demandado garantizado por el artículo 29 superior.

NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION DE TUTELA-Saneamiento

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia en casos especiales

INDEFENSION-Determinación

PRESUNCION DE INDEFENSION DEL MENOR-Respecto del padre

INDEFENSION DE LA MADRE-Perjuicio por separación forzada del hijo por el padre

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Separación forzada de un niño respecto de su madre

DERECHO DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA-Alcance

DERECHO DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA-Protección internacional

El Derecho Internacional no ha sido ajeno a la protección del derecho fundamental reconocido a los niños, de tener una familia y de disfrutar del cuidado y del amor de ambos de sus progenitores. Esta protección internacional se extiende, además, a la relación con los demás miembros de la familia y con la nación misma de sus padres, factores que se consideran determinantes de la identidad del menor, que es mirada como un derecho que la comunidad internacional debe preservar.

IUS COGENS-Significado

CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO-Compromete a la comunidad internacional/**DERECHO DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA**-Protección real por la comunidad internacional

Los preceptos de la Convención sobre Derechos del Niño relativos a la protección del menor en relación con su derecho a la familia, a la propia identidad personal, y a la

relación paterno filial, más allá de la obligatoriedad que generan para los Estados signatarios del referido documento, comprometen a la comunidad internacional entera. En este sentido, el país a donde fue llevado el menor cuya protección se invoca en esta tutela, está internacionalmente obligado a proteger sus derechos de manera real y no simbólica. Debe, por lo tanto, permitir un contacto personal entre la madre y su hijo, suficientemente asiduo y libre de interferencias, que haga posible una verdadera relación materno filial y familiar, referida también a sus demás parientes colombianos, y un conocimiento por parte del niño acerca de los elementos que integran la nacionalidad colombiana, que deben ser reconocidos como valores de su propia identidad.

TENENCIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO-Provisionalidad al ser llevado arbitrariamente al extranjero por su padre

TUTELA TRANSITORIA-Entrega provisional del menor a la madre

REGLAMENTO DE VISITAS-Regulación provisional por el defensor

EXEQUATUR-Aplicación

Referencia: Expediente T-79789.

Peticionario: María Fernández Tamayo.

Procedencia: Sala de Familia del Tribunal de Distrito Judicial de Cali.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Santa Fe de Bogotá, D.C. siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa-Presidente, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Carmenza Isaza de Gómez (E), Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-79789, adelantado por la señora María Fernández Tamayo, en contra del señor Charles Anglin Wesley Spencer.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número nueve 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

Mediante apoderada judicial, la peticionaria solicita la protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la unidad familiar de su hijo, Paul André Anglin Fernández, supuestamente vulnerados por el padre del menor, Charles Wesley Anglin Spencer, de acuerdo con los siguientes hechos.

2. Hechos

La demandante señala que de su matrimonio con el señor Anglin, el 30 de mayo de 1994 nació el menor Paul Andre Anglin Fernández. Relata que el padre de su hijo le solicitó un poder

de custodia temporal para llevarlo de paseo a la ciudad de Rockford, Michigan, EE.UU., por el término de treinta (30) días, pero que asaltándola en su buena fe le hizo firmar dicho documento por 6 meses, aduciendo que éste era el término requerido para adelantar las gestiones de la custodia temporal.

Vencidos los 30 días, la peticionaria requirió telefónicamente al padre del menor para que cumpliera con la obligación contenida en el poder suscrito, pero hasta la fecha aquél se ha negado a devolverle a su hijo. La demandante asegura que ni siquiera la intervención de la familia ha logrado que el señor Anglin cumpla su compromiso.

En la demanda, presentada ante el Juzgado Primero de Familia de la ciudad de Cali el 6 de abril de 1995, la solicitante manifiesta que no tiene medios económicos ni autorización del gobierno norteamericano para visitar a su hijo, lo cual la pone en situación de desigualdad manifiesta frente al demandado, quien sí cuenta con los recursos necesarios para viajar a Colombia. La actitud del padre también quebranta el derecho fundamental a la unidad familiar del niño, por cuanto le acarrea daños físicos y mentales irreparables, dice la madre. No existe justificación, a su parecer, para que uno de los padres impida el ejercicio de los derechos que legítimamente tiene el otro frente a un hijo común.

De la documentación allegada al expediente se deduce el hecho de que, a la fecha, la justicia norteamericana ha concedido al padre la guarda sobre el menor, así como ha establecido así mismo el régimen de visitas para la madre en términos muy restrictivos.

Material probatorio

- Registro Civil de Matrimonio de la señora María Fernández Tamayo con el señor Charles Wesley Anglin.

- Registro de nacimiento del menor Paul Andre Anglin Fernández.

- Poder otorgado por la señora María Fernández Tamayo al señor Charles Wesley Anglin para que éste se llevara al menor Paul Andre a los Estados Unidos de América, por el término de seis meses. Dicho poder, otorgado el día siete (7) de octubre de 1994, se encuentra redactado en el idioma inglés, y obra en el expediente una traducción oficial realizada por un auxiliar de la justicia.

- Poder otorgado por el señor Charles Wesley Anglin mediante el cual autorizó al señor Bryce Hoogerwerf, empleado de la compañía American Air Lines, para trasladar al menor Paul Andre a los Estados Unidos de América, a partir del primero (1o.) de octubre de 1994, y por un término de seis (6) meses.

3. Pretensiones

La apoderada judicial requiere que se ordene al señor Charles Wesley Anglin restituir al menor a su residencia inicial, es decir a Cali, y, consecuentemente, reparar los derechos que le han sido vulnerados a éste y a su madre.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Primera instancia

Mediante Auto de sustanciación del 7 de abril de 1995, el Juzgado Primero de Familia de Cali ordenó requerir al demandado para que a la mayor brevedad diera cumplimiento al documento suscrito con la peticionaria y procediera a devolver inmediatamente al menor. Para el efecto, ordenó notificar el contenido de la demanda al tutelado a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica.

Mediante sentencia del 28 de abril de 1995, el referido despacho judicial resolvió denegar por improcedente la solicitud de tutela por estimar que había sido la propia demandante quien había autorizado libremente y de manera voluntaria el traslado de su hijo a los Estados Unidos. En este sentido asegura que: "*esta decisión, se presume que la ha tomado la madre, (al permitir que su hijo de cinco meses de edad) debido al amplio conocimiento, confianza y seguridad que el Sr. Charles (padre del infante) le brinda a ella y a su hijo. Es decir se presume que estamos frente a un buen padre, responsable y seguro de su rol de tal (...). Si la madre de Paul Andre Anglin conociera que su esposo es un mal padre, irresponsable, inseguro, inestable, e incapaz de tener consigo ese hijo durante el tiempo de seis (6) meses pactado en el escrito, ella no hubiese consentido bajo ningún pretexto, que su hijo fuese trasladado hasta el lugar donde vive su padre en los Estados Unidos.*"

Adicionalmente, el despacho judicial consideró que la jurisdicción de familia debía ser la encargada de resolver el conflicto sobre la custodia del menor, de acuerdo con las garantías que cada uno de los padres ofreciera para el cuidado del mismo. Sin embargo, el funcionario judicial ordenó al demandado cumplir con la obligación contenida en el poder suscrito con su esposa.

Finalmente, el juzgado de instancia ofició al Ministerio de Relaciones Exteriores "*con el único fin de que se sirvan prestarnos su valiosa colaboración en el sentido de que por su intermedio, se requiera al señor Charles Wesley Anglin, residente en 7299 Blakely Doctor Rockford, Michigan 49341 -Estados Unidos de Norteamérica- identificado con el pasaporte No: 15012235, para que dé cumplimiento al pacto familiar suscrito con su legítima esposa, la Sra. María Fernández Tamayo.(...)*".

Con fecha veintiocho (28) de abril de 1995, el Cónsul de Segunda en Michigan remitió, vía fax, un oficio dirigido al Jefe de la División de Comunicaciones Colombianas en el Exterior y Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, donde informa sobre la imposibilidad de llevar a cabo la notificación al señor Charles Wesley Anglin, por la falta de correspondencia entre los teléfonos suministrados y el domicilio del demandado.

2. Impugnación

La apoderada judicial de la señora Fernández Tamayo recalca en su escrito de impugnación, presentado el 12 de mayo de 1995, que ésta no tiene recursos suficientes para visitar a su hijo y que el acto mediante el cual el padre del menor se arrogó la patria potestad es doloso porque asaltó la buena fe de la primera. Agrega que atribuir a las condiciones morales o mentales de la tutelante el hecho de haber consentido en el viaje de su hijo no puede constituirse en argumento para denegar la protección solicitada, por cuanto, en primer lugar, al juez de tutela no le corresponde adelantar estos juicios de valor sin los soportes científicos necesarios y, en segundo lugar, porque la autorización de la madre se extendió con base en la confianza que le generaba el hecho de ser el demandado su legítimo esposo y padre de su hijo.

3. Diligencias de notificación

Previamente debe aclararse que las diligencias para notificar al demandado que a continuación van a ser relacionadas, no se incluyeron en el expediente sino después de que la Corte Constitucional revisara el proceso en el año de 1996, como se podrá observar.

El día 24 de mayo de 1995, el Consulado General de Colombia en Michigan comunicó al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia que el día 2 del mismo mes y año, el abogado del señor Anglin, Richard Kessler, había solicitado la remisión, vía fax, del Auto admisorio de la demanda, petición que se concedió el día 3. Igualmente, el 16 del mismo mes, el abogado Kessler solicitó copia de los documentos remitidos por el juzgado y la cancillería,

los cuales le fueron enviados en el menor tiempo posible y "entendiéndose jurídicamente - dice el consulado- como una notificación por conducta concluyente en razón a la distancia para la presentación personal"[1] (folios 132 y 133).

4. Sentencia de Segunda instancia

El 6 de Junio de 1995, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, profirió Sentencia de segunda instancia mediante la cual revocó la decisión del *a quo* por considerar que los derechos de la peticionaria se vieron claramente vulnerados por la actitud del demandado al impedirle indefinidamente el contacto con su hijo y el desarrollo de sus aspiraciones legítimas como madre. El Tribunal señala que la conducta del demandado es claramente abusiva para con la tutelante, pues rompe la armonía de trato que debe existir entre los padres y los hijos; además la considera inequitativa en la medida en que aquél, a diferencia de la madre, sí cuenta con los medios económicos para visitar a su hijo en Colombia, lo que haría que éste fuera el país cuya residencia más conviniera al menor por permitirle la presencia simultánea de sus padres.

Del mismo modo, el Tribunal estima que la conducta del padre atenta contra los derechos fundamentales del menor a tener una familia y a recibir los cuidados afectivos de su madre; que el menor, así como la demandante, se encuentra en estado manifiesto de indefensión respecto del padre, y que por tratarse de la vulneración de derechos fundamentales en cabeza de un niño, la vía judicial de defensa inmediata es la acción de tutela y no los procedimientos civiles tendientes a determinar su guarda.

En consecuencia, el tribunal ordenó la entrega del menor dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia, para lo cual dispuso, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, exhortar al Cónsul de Colombia en Michigan con el fin de que dicho funcionario adelantara la respectiva notificación.

El día 26 de julio de 1995 el cónsul general de Colombia en Michigan informó mediante oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, que había comunicado por fax al señor Wesley Anglin el contenido del exhorto remitido por el Tribunal de Familia de Cali, contentivo de la orden proferida en la sentencia de segunda instancia. Así mismo, el Consulado manifestó que el 12 de julio de 1995, el abogado del señor Spencer recibió la documentación con el fin de ponerla en conocimiento de su cliente. Esta información tampoco fue incluida en el expediente mientras éste estuvo en poder de la Corte Constitucional para su revisión inicial en el año de 1996.

El día 21 de julio, el Consulado envió por correo certificado el contenido de la sentencia de segunda instancia al abogado del demandado y fijó edicto en un lugar visible de las oficinas del Consulado General de Colombia en Chicago, Ilinois- Estados Unidos, desfijándolo el 26 del mismo mes, según las prescripciones del artículo 323 del C.P.C.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali hizo llegar el expediente a la Corte Constitucional el día primero de septiembre de 1995.

5. Auto de nulidad proferido por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional

Mediante Auto 003 del 22 de febrero de 1996, y luego de solicitar algunas pruebas, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional advirtió que al demandado no se le

---

[1] Esta diligencias de notificación inexplicablemente no estuvo incluida en el expediente hasta mucho después que la Corte Constitucional revisara por primera vez el proceso.

había notificado la tutela incoada en su contra y, en consecuencia, ordenó al juzgado de primera instancia poner en conocimiento de la nulidad al afectado, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el artículo 145 del C.P.C.

La Sala Novena de Revisión consignó lo siguiente: *"Ahora bien, si se ha demostrado que el señor Charles Wesley Anglin, al no haber sido notificado, en ningún momento fue vinculado al proceso de tutela que se revisa, entonces debe concluirse que se ha violado un principio primordial del debido proceso, cual es el de la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa."*

En respuesta a lo dispuesto en el Auto emitido por la Corte Constitucional, el 11 de marzo de 1996, el juez de primera instancia decretó la nulidad de lo actuado y libró exhorto No. 001 con destino al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, a fin de que el Cónsul de Colombia en Michigan procediera a efectuar la notificación del auto admisorio de la demanda e hiciera entrega de una copia del expediente al demandado.

6. Sentencia de primera instancia posterior a la nulidad

El 26 de marzo de 1996, el Juzgado Primero de Familia de Cali profirió de nuevo la Sentencia de instancia y decidió, como antes, denegar por improcedente la tutela impetrada, ordenando, al igual que la primera vez, oficiar al Ministerio de Relaciones Exteriores para que por su intermedio se comunicara al demandado el contenido de la sentencia, con el fin de que diera cumplimiento al pacto familiar suscrito con su legítima esposa.

Contra el fallo, la apoderada de la demandante interpuso de nuevo recurso de apelación con argumentos similares a los esgrimidos en el primer trámite. El proceso subió de nuevo al Tribunal el 17 de abril de 1996.

7. Trámite de apelación de la sentencia

El 25 de abril de 1996 el Tribunal Superior de Cali decretó la nulidad de todo lo actuado porque, en su parecer, el Juzgado Primero de Familia de Cali no le dio cumplimiento estricto a lo ordenado por la Corte Constitucional en el Auto del 22 de febrero.

En efecto, el Tribunal consideró que el juzgado de instancia, en vez de poner en conocimiento del demandado la nulidad procesal para que éste procediera a su eventual saneamiento según el procedimiento previsto por el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, tal como se lo había ordenado la Corte Constitucional, procedió a decretar de oficio la nulidad y a ordenar la notificación del Auto admisorio de la demanda, enviando un nuevo exhorto y limitándose a agregar al expediente algunas diligencias de notificación que ya habían quedado cobijadas por la nulidad.

El Tribunal ordenó devolver el proceso al Juzgado de primera instancia para que allí se subsanara la irregularidad, pero, acto seguido, dispuso la notificación de la providencia a las partes, ordenando librar exhorto dirigido al Cónsul de Colombia en Michigan, mediante carta rogatoria con destino al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

El mencionado exhorto fue enviado el 29 de abril de 1996 por la Secretaría General del Tribunal Superior de Cali, oficina que, dos meses y medio después, es decir el 17 de julio, decidió requerir al Consulado para que diera respuesta al documento en mención.

El 6 de agosto de 1996 el cónsul general de Colombia en Michigan, en respuesta al oficio y al requerimiento, informó al Tribunal lo siguiente: que siguiendo las indicaciones de esa

Corporación, había procedido a notificar al señor Charles Wesley Anglin Spencer la última decisión de ese Tribunal, quien rubricó su firma en el recomendado enviado a la dirección suministrada en el proceso, pero se negó a recibirla; que el ciudadano americano no se hizo presente en el Consulado; que la oficina procedió a notificarlo nuevamente con el mismo procedimiento según carta No. 312 del 15 de mayo de 1996, pero que esta comunicación fue devuelta por el correo americano, como consta en el expediente, porque el señor Anglin Spencer se negó a recibirla.

Además, agrega el Consulado, el 7 de mayo de 1996 se citó en dos oportunidades al demandado Charles Wesley Anglin, pero en ambas éste se negó a recibir la correspondencia respectiva. Sugiere en el mismo escrito, que debe buscarse un procedimiento alterno para la recuperación del menor ya que los utilizados hasta el momento han sido infructuosos.

En consecuencia, el 8 de octubre de 1996 el Tribunal Superior de Distrito de Cali ordenó notificar nuevamente al demandado el Auto del 25 de abril mediante el cual esa Corporación declaró la nulidad de todo lo actuado, pero, esta vez, según los procedimientos descritos en los numerales 1° y 2° del artículo 320 del C.P.C. Con este propósito, el Tribunal solicitó a la demandante el suministro de las expensas necesarias para adelantar la notificación personal, pero ella, en declaración recibida el 7 de abril de 1997, declaró no contar con los recursos económicos para sufragar los gastos de la diligencia. Sin embargo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, atendiendo al hecho de que se trataba de la recuperación de un menor, informó al Tribunal Superior de Cali que cubriría los costos de la notificación solicitada.

El día 3 de septiembre de 1997, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali profirió auto mediante el cual determinó que por haber sido infructuosas las diligencias tendientes a poner en conocimiento de la parte demandada el contenido de la acción de tutela, ya que el señor Anglin se negaba sistemáticamente a recibir las comunicaciones remitidas por la justicia colombiana, el expediente debía ser remitido de nuevo al Juzgado de primera instancia con el fin de que allí se decidiera si con los documentos aportados en el proceso (especialmente los correspondientes a los folios 131 a 210 del cuaderno principal) podía concluirse saneada la nulidad por entenderse notificado el demandado.

Es importante señalar que la decisión del Tribunal hace la siguiente advertencia: que las piezas procesales correspondientes a los folios mencionados y que contienen las diligencias de notificación que se adelantaron a partir del 24 de mayo de 1995, es decir, después de la primera Sentencia de primera instancia y que, como se recordará, contaron con la participación del abogado del demandado, Richard Kessler, inexplicablemente no estaban incluidas en el expediente cuando la Corte Constitucional adelantó la revisión del proceso.[2]

El 8 de septiembre de 1997 el Juzgado Primero de Familia envió el expediente a la Corte Constitucional por considerar que así se lo había ordenado el Tribunal de Cali.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

---

[2] Se remite a la nota número 1.

Trámite de la presente acción de tutela y procedencia de fallo inmediato de la Corte.

1. Como se explicó en el acápite de Antecedentes, las ultimas actuaciones surtidas dentro del trámite de la presente acción de tutela, consistieron en el Auto proferido el 3 de Septiembre de 1997 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que le remitía el expediente nuevamente al Juzgado Primero de Familia de Cali y ordenaba al juez estudiar si, con fundamento en los documentos allegados al expediente y de los cuales no tuvo ocasión de conocer la Corte Constitucional, se podía considerar producida una notificación por conducta concluyente. No obstante lo anterior, el Juez Primero de Familia de Cali al recibir el expediente, lo remitió directamente a esta Corte sin decidir si se había producido la notificación de tal manera.

Teniendo en cuenta que la demanda que dio origen a la presente causa de tutela fue interpuesta en abril del año de 1995 ante el Juzgado Primero de Familia de Cali, que para trámite de impugnación ha subido dos veces al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y que para revisión de esta Corporación, la presente es la segunda vez que ha sido remitida, la Corte estima que a pesar de que el referido Juzgado no acató la orden dada por el Tribunal en el sentido de entrar a dilucidar si era procedente declarar la notificación por conducta concluyente, esta Corporación debe asumir la determinación de ese punto, y, de encontrar procedente tal declaración, entrar de inmediato a revisar la sentencia proferida el 6 de junio 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Avalan esta decisión las consideraciones relativas a los derechos fundamentales cuya tutela se invoca en la presente causa judicial y el trámite preferente y sumario que debe dársele a la acción de tutela, circunstancias que imponen el que sobre el rigorismo procedimental prevalezca el aspecto sustancial que se debate.

Debe recordarse, además, que la dilación que se ha presentado en el trámite de la presente acción, ha obedecido justamente a la necesidad de notificar la demanda al demandado, trámite que ha sufrido largas vicisitudes, por lo cual resulta prioritario, para poder fallar de fondo, dilucidar si dicha notificación puede entenderse surtida, y por lo tanto descartarse la posible nulidad por falta de notificación.

Saneamiento de la nulidad.

2. Como se expuso anteriormente, esta Sala de revisión de la Corte, mediante Auto del 22 de febrero de 1996, ordenó al Juzgado Primero de Familia de Cali poner en conocimiento al demandado de la nulidad por falta de notificación que afectaba el trámite de la presente acción, para que, si lo estimaba pertinente, saneara tal vicio en el término que señala el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, al momento de proferir el referido Auto, no se habían agregado al expediente, entre otras, dos comunicaciones provenientes del Ministerio de Relaciones Exteriores por lo cual la Corte no tuvo conocimiento de ellas en ese momento.

Dichas comunicaciones son la carta del 24 de mayo de 1995 en la que el Consulado de Colombia en Chicago comunica al Ministerio de Relaciones Exteriores que el día 2 de mayo de 1995 el abogado del demandado se puso en contacto telefónico con el Consulado y solicitó el envío del auto admisorio, cosa que se hizo el 3 de junio. Y el 16 de mayo, dice el Consulado, el abogado volvió a llamar y se le envió por fax el mencionado auto.

La otra comunicación agregada al expediente con posterioridad al Auto de esta Sala de revisión del 22 de febrero de 1996, es el memorando del 26 de Julio de 1995 proveniente del Consulado de Colombia en Chicago, en el cual se informa que con fax de 7 de julio de ese mismo año se citó al demandado para comparecer a esa oficina consular a fin de notificarle

personalmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el día 6 de junio de 1995. Este fax se hizo llegar también al abogado del demandado, quien llamó a la Sra. cónsul, acusó recibo y dijo que le haría saber al cliente la citación mencionada. Con oficio del 21 de julio de 1995 se le envió el expediente al demandado por correo certificado, incluida la sentencia del Tribunal. Además el 21 de julio se fijó en el Consulado edicto notificando la Sentencia referida anteriormente, edicto que se desfijó el 26.

Adicionalmente, el 16 de abril de 1996, con posterioridad al Auto de esta Sala de revisión de la Corte que ordenaba al Juzgado Primero de Familia de Cali poner en conocimiento del demandado la nulidad por falta de notificación, el Consulado envío al demandado una comunicación notificándolo nuevamente del Auto admisorio de la demanda, Auto de 6 de abril de 1995 proferido por el Juzgado Primero de Familia de Cali, y lo citó al Despacho consular para hacerle entrega de una copia del expediente. El Cónsul General de Colombia en Chicago, en memorando remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores, en el cual rinde informe sobre esta notificación, expresa que el demandado se negó a recibir los documentos que le eran entregados por el correo americano; no obstante, estampó su firma en recibo que le fue presentado, documento que obra en el expediente. (folio 287, cuaderno No. 1).

Posteriormente, el 7 de mayo, el Consulado intentó llevar a cabo la notificación anterior citando otra vez al demandado para comparecer ante esa Oficina, pero también en esta ocasión el tutelado se negó a recibir la correspondencia respectiva.

3. De este modo, la Corte observa que el trámite de admisión y notificación de la presente tutela, así como la actuación posterior, fue, en síntesis, así:

· 6 de abril de 1995: presentación de la demanda.

· 7 de abril de 1995: auto que ordena notificar al demandado.

· 28 de abril de 1995: Sentencia de primera instancia.

· 3 de junio de 1995: El Consulado de Colombia en Chicago envía al demandado el auto admisorio de la demanda.

· 16 de mayo de 1995: el Consulado envió por fax el auto admisorio al abogado del demandado.

· Junio 6 de 1995: Sentencia de segunda instancia.

· 7 de julio de 1995: vía fax se citó al demandado para notificarle el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Este fax se comunicó también al abogado del demandado, quien confirmó el recibo del mismo.

· 21 de julio de 1995: se fijó en el Consulado edicto notificando la Sentencia de segunda instancia. Adicionalmente, en esta misma fecha, se le envía el expediente al demandado por correo certificado, incluida la sentencia del Tribunal.

· Febrero 22 de 1996: Auto de la Sala Novena ordenando al juzgado poner en conocimiento al demandado la nulidad por falta de notificación, para que si lo estima pertinente la sanee en el término que señala el artículo 145 del C. de P.C.

· Marzo 11 de 1996: el juzgado de primera instancia, contraviniendo la orden de esta Sala, decretó la nulidad de todo lo actuado.

· 16 de abril y 7 de mayo de 1996: nuevas notificaciones al demandado que este se negó a recibir. Estas notificaciones pretendían poner de nuevo en conocimiento del demandado el

Auto admisorio de la demanda, proferido por el Juzgado Primero de Familia de Cali, a fin de dar nuevo trámite a la acción.

· Posteriormente se surtió de nuevo todo el trámite de la primera instancia. Impugnada nuevamente la segunda Sentencia del *a quo,* el expediente volvió al Tribunal. Proferido el Auto de nulidad en segunda instancia, el *ad quem* conoció los documentos que acreditaban la notificación al demandado -que tampoco había conocido la Corte- por lo cual devolvió el expediente al *a quo* para que éste determinara si hubo notificación por conducta concluyente. Por último el Juzgado de primera instancia remitió el expediente a la Corte sin cumplir el encargo impuesto por su superior.

4. Los anteriores hechos, que se encuentran acreditados en el expediente, constituyen en su conjunto prueba completa de que el demandado tuvo conocimiento tanto del primer Auto admisorio, como de los fallos proferidos en el primer trámite en primera y en segunda instancia. En efecto, ¿cómo puede un abogado hacerse presente ante un despacho consular para solicitar documentos relativos a una demanda interpuesta en contra de su cliente, si no es por información que este mismo le suministra? Y esta actitud fue asumida no una, sino dos veces. Este comportamiento de quien representa los intereses de una de las partes, permite afirmar que ésta estuvo informada de todo el trámite de la acción y que voluntariamente no quiso intervenir en ella.

5. La disposición normativa contenida en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, manifiesta que las providencias que se dicten dentro del trámite de la acción de tutela, se notificarán a las partes o intervinientes por el medio que el juez considere más expedito y eficaz. Esta disposición permite la notificación surtida por correo o por fax. No es necesario, por lo tanto, que las notificaciones dentro del trámite de la acción de tutela se surtan de manera personal; bien pueden hacerse por correo certificado, existiendo certeza sobre tal notificación si la comunicación no es devuelta por el servicio de correos.[3] En el caso de autos, hubo dos notificaciones por este medio que no fueron devueltas por el correo norteamericano al Consulado colombiano. Además, hubo también dos notificaciones hechas al demandado por fax, utilizando para ello el número suministrado por el propio abogado del tutelado.

De tal manera que para esta Sala de Revisión la notificación, tanto del Auto admisorio como de los fallos de instancia proferidos en la primera oportunidad, fue surtida en legal forma, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991. Se trata pues de una notificación por medios expeditos, de la cual hay certeza de que se produjo, y no de una notificación por conducta concluyente.

6. Obviamente, no escapa a la Sala el hecho de que la primera notificación del Auto admisorio se produjo extemporáneamente, después de que fuera proferida la Sentencia de primera instancia, y de que ello produjo una nulidad. Debe, por tanto, examinar si esa nulidad puede considerarse saneada.

7. Como reiteradamente se ha afirmado por esta Corporación, la falta de notificación al demandado constituye una causal de nulidad de lo actuado por que se erige en una violación del derecho de defensa, derecho incluido dentro del concepto de "debido proceso" que la Carta Política reconoce como derecho fundamental de las personas. En efecto, el enjuiciamiento del demandado en ausencia del mismo, implica una grave infracción a una formalidad esencial

---

[3] Sobre este punto existe reiterada jurisprudencia de esta Corporación, vertida entre otras en las sentencias T-548 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-182 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía. T-082 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

de dicho enjuiciamiento y, por contera, al derecho fundamental del demandado garantizado por el artículo 29 superior.

Ahora bien, la falta de notificación es una nulidad saneable. Quien tiene interés para alegarla es el demandado o su representante, quienes deben presentarse al proceso para alegarla. No obstante, si una vez vinculado el demandado al proceso no la alega, se entiende saneada.

8. En el caso bajo examen, el Auto admisorio fue extemporáneamente notificado al demandado, pese a lo cual sí hubo una notificación. Posteriormente, el demandado tuvo también acceso a la Sentencia de primera instancia, así como a la de segunda, y el expediente completo que contenía ambos fallos le fue enviado por correo certificado, que no fue devuelto por el correo norteamericano. Por lo tanto, no cabe duda de que la nulidad no fue alegada por el tutelado, a pesar de haber estado en condiciones de hacerlo. De esta manera tal nulidad fue saneada. Y así saneada, todo el trámite de primera y de segunda instancia que inicialmente se surtió, debe considerarse perfectamente válido.

9. No obstante lo anterior, la Sala debe pronunciarse respecto de la declaración de nulidad proferida por el *a quo* y respecto del trámite que nuevamente se surtió tanto en primera como en segunda instancia a consecuencia de la declaración mencionada.

Como antes se dijo, cuando esta Sala asumió por primera vez el conocimiento de la presente tutela, no tuvo oportunidad de conocer los informes procedentes del Consulado de Colombia en Chicago relativos a la notificación del Auto admisorio y de los fallos de instancia que se habían producido hasta entonces. Por ello ordenó al *a quo* poner al demandado en conocimiento de la nulidad por indebida notificación que creyó que se había producido. No obstante, el referido Juez, en lugar de proceder según la orden de la Corte, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del Auto admisorio, ordenó nuevamente su notificación y posteriormente falló de nuevo la tutela. Impugnada esta decisión, el expediente volvió nuevamente al Tribunal Superior en donde se produjo un Auto de nulidad.

Para la Sala, toda esta actuación posterior al Auto emanado de su seno, que ordenaba simplemente poner en conocimiento del demandado la nulidad por indebida notificación para darle la oportunidad de sanearla o de pedir su declaración, carece de validez alguna y por lo tanto no será tenida en cuenta. Por ello, y ante la circunstancia probada de haberse notificado tanto el Auto admisorio como los dos primeros fallos de instancia, procederá, como es de su competencia, a revisar el primer fallo proferido por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Cali.

La presente tutela en cuanto se dirige contra un particular. Inexistencia de otras acciones judiciales adecuadas para la defensa de los derechos cuya protección se invoca.

10. Es sabido que conforme con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede en contra de particulares, en casos especiales como cuando el solicitante se halla en estado de subordinación o indefensión en relación con el particular contra quien dirige la acción. En desarrollo del precepto constitucional referido, el numeral 9° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares, cuando la solicitud se eleve para tutelar a quien se encuentre en estado de subordinación o indefensión respecto de la persona contra quien se interpuso la tutela, presumiéndose la indefensión del menor que solicita el amparo.

11. De otra parte, ha sido esbozado como criterio jurisprudencial, que la determinación del factor de indefensión queda al criterio del juzgador en cada caso particular. En este sentido se dijo en Sentencia T-161 de 1993 (M.P. Doctor Antonio Barrera Carbonell) lo siguiente:

"De conformidad con el numeral 4o. del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, el estado de ***indefensión*** *acaece o se manifiesta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular,... se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración, a su derecho fundamental; estado de indefensión que se debe deducir, mediante el examen por el Juez de la tutela, de los hechos y circunstancias que rodean el caso en concreto".*

12. Adicionalmente la acción de tutela consagrada por el artículo 86 de nuestra Constitución Política, fue concebida como mecanismo de defensa y protección inmediata de los derechos fundamentales, únicamente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que, existiendo, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado. En este sentido, esta corporación ha tenido ocasión de verter los siguientes conceptos:

"Cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluídos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se subplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias." (Sentencia T-100 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala encuentra que en el caso bajo examen, para establecer la procedencia de la acción de tutela, debe aplicarse a verificar si realmente la demandante y su hijo se encuentran en estado de indefensión frente al particular demandado, y si efectivamente no existe otro mecanismo de defensa judicial que resulte apropiado para la defensa de los derechos cuya tutela se pretende.

13. En cuanto a la indefensión tanto de la madre como del hijo, como requisito previo para la procedibilidad de la acción, debe decirse que la del niño es presumida por la ley en el artículo 42 numeral 8° del Decreto 2591 de 1991, presunción que, en su caso, hace procedente la tutela frente al particular demandado, que es su padre.

En cuanto al estado de indefensión de la madre, la Sala observa que aunque existen medios de defensa judicial a través de los cuales ella puede obtener la guarda de su hijo o la regulación de un programa de visitas que les permita a los dos gozar del derecho a la familia que la Constitución expresamente les reconoce, así como al niño disfrutar del cuidado y del amor que sólo su madre puede suministrarle por el simple hecho de ser su madre y que nuestra Carta Política expresamente erigió en la categoría de derecho fundamental de los niños (Artículo 44), el perjuicio irremediable que la separación está produciendo, y que por las vías judiciales

ordinarias podría prolongarse aún más, coloca a la madre en un estado de indefensión jurídica que amerita que la tutela sea concedida como mecanismo transitorio.

14. En efecto, en el presente caso esa otra vía judicial no constituye un medio jurídico suficiente y adecuado para suspender inmediatamente la vulneración ya prolongada de los derechos fundamentales cuya protección se invoca. A través de ella la protección llegaría, pero llegaría en un momento más remoto, que haría irrecuperable el tiempo perdido de convivencia materno-filial que se impediría a causa de esta tardanza. Sin lugar a ningún género de dudas, la separación forzada de un niño de su madre, es un daño irremediable no susceptible de reparación a través de ningún medio jurídico. ¿Cómo reemplazar el tiempo perdido de convivencia en el amor materno? Consideraciones como la anterior hacen concluir a la Sala que efectivamente se está en presencia de un estado de indefensión jurídica y de un perjuicio irremediable que amerita conceder la tutela mientras se adelanta ante la jurisdicción de familia la acción tendiente a la definición de la guarda del hijo de la accionante.

El derecho fundamental a tener una familia y disfrutar del cuidado y amor materno

15. En ocasión anterior, había sido definido por esta Corporación, en los siguientes términos, el sentido y alcance del derecho fundamental de los niños a tener una familia:

> *"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, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, ni depende tampoco -tratándose de matrimonios disueltos- de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores.*
>
> ...
>
> *"Considera la Corte que todo intento de frustrar en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y posibilidades, constituye grave atentado contra los más sagrados principios morales y jurídicos. A juicio de esta Corporación, el padre o la madre que influye en su hijo contra el otro de los progenitores así como el que crea entre ellos barreras y distancias -físicas o morales- obra contra la naturaleza y cercena la más genuina expresión espiritual de la persona, por lo cual comete una incalificable falta contra la familia y contra la sociedad que no puede quedar impune ante el Derecho." (Sentencia T-290 de 1993. M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo).*

Protección Internacional del derecho de los niños a tener una familia

16. El Derecho Internacional no ha sido ajeno a la protección del derecho fundamental reconocido a los niños, de tener una familia y de disfrutar del cuidado y del amor de ambos de sus progenitores. Esta protección internacional se extiende, además, a la relación con los demás miembros de la familia y con la nación misma de sus padres, factores que se consideran determinantes de la identidad del menor, que es mirada como un derecho que la comunidad internacional debe preservar.

En este sentido, los desarrollos contemporáneos del Derecho Internacional, recogidos específicamente en la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea

General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989,[4] consagran dicha protección a partir del reconocimiento por los Estados partes, de que *"la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, y en particular de los niños"* y que estos últimos merecen una protección especial. De manera particular, la referida Convención, en su artículo 8°, prescribe que *"los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas"*. Por su parte el artículo 9° *ibidem*, señala que los Estados signatarios respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, derecho que es ratificado por el artículo siguiente de la Convención. Congruente con lo anterior, el artículo 11° indica que los Estados Partes adoptarán las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el exterior.

Los anteriores postulados de defensa de los niños, por haber sido aceptados por más de ciento cincuenta Estados de la comunidad internacional y por su objetivo, relativo a la protección de los derechos humanos, siendo además un desarrollo de la declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U de 1948 y de la Carta de Naciones Unidas en sus artículos 13, 55 literal C, 56 y 103, pueden ser catalogados, al igual que el derecho internacional humanitario, bajo el concepto de *Ius Cogens*.

El *Ius Cogens*, es *"un conjunto normativo cuya obligatoriedad y fuerza vinculante emana del respaldo universal que a sus preceptos da la comunidad internacional en su conjunto, la que además considera que sus normas no admiten acuerdo en contrario"*.[5] Por ello los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, prescriben que todo tratado internacional que esté en contradicción con una norma de *Ius Cogens*, debe ser considerado nulo y terminar.

Adicionalmente, el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, antes mencionado, avanzando por fuera del concepto clásico de soberanía, se impone a los países miembros para obligarlos a cumplir cualquier disposición o Convenio de esta organización, relativo a la protección de los derechos humanos.

Desde este punto de vista, los preceptos de la Convención sobre Derechos del Niño relativos a la protección del menor en relación con su derecho a la familia, a la propia identidad personal, y a la relación paterno filial, más allá de la obligatoriedad que generan para los Estados signatarios del referido documento, comprometen a la comunidad internacional entera. En este sentido, el país a donde fue llevado el menor cuya protección se invoca en esta tutela, está internacionalmente obligado a proteger sus derechos de manera real y no simbólica. Debe, por lo tanto, permitir un contacto personal entre la madre y su hijo, suficientemente asiduo y libre de interferencias, que haga posible una verdadera relación materno filial y familiar, referida también a sus demás parientes colombianos, y un conocimiento por parte del niño acerca de los elementos que integran la nacionalidad colombiana, que deben ser reconocidos como valores de su propia identidad.

17. En el caso *sub examine*, el padre arrebató indebidamente al niño de los brazos de su madre. Traicionando su confianza, se lo llevó a un país extranjero a donde ella tenía restringido

---

[4] Dicha convención entró en vigor de forma general el 2 de septiembre de 1990.

[5] Sentencia C-088 de 1993, M.P. Doctor Ciro Angarita

el acceso, en razón de carecer de visa para ese momento. Este proceder antijurídico, pues se hizo de hecho, sin definición previa voluntaria ni judicial sobre la guarda del menor ni sobre el régimen de visitas, es totalmente reprochable. Constituye una clara vulneración de los derechos fundamentales a la familia y al cuidado y amor materno de los tutelantes, que no puede ser avalada por esta Corporación.

18. Por todo lo anterior, la Corte ordenará al padre entregar inmediatamente la guarda y custodia personal del niño a la madre, quien lo tendrá provisionalmente bajo su cuidado, hasta tanto la jurisdicción de familia resuelva de manera definitiva lo referente a estos aspectos y al régimen de visitas. Esta decisión se toma teniendo en consideración la manera violenta y arbitraria del proceder del padre con respecto a su hijo y a la madre, debidamente probada en el expediente.

Obviamente se le reconocerá al padre el derecho de visitar a su hijo; la madre deberá permitir estas visitas, que se surtirán de conformidad con el régimen provisional que establezca el defensor de familia, mientras se promueve por la demandante un proceso judicial tendiente a determinar en forma definitiva lo concerniente a la custodia y cuidado del niño y a la regulación definitiva del régimen de visitas, crianza y educación del menor. Esta intervención del defensor de familia se ordenará con fundamento en lo previsto por el artículo 277 del Decreto extraordinario 2737 de 1989.

19. Habida cuenta de que el menor reside actualmente en los Estados Unidos de América, el cumplimiento de la presente Sentencia en el exterior necesitará del trámite propio del *exequatur*, surtido ante las autoridades judiciales competentes de ese país.

Para que la protección aquí concedida no resulte irrisoria, se ordenará a las autoridades colombianas competentes, esto es a la Cancillería y al Consulado de Colombia en la ciudad de Chicago, prestar toda la ayuda personal y material necesaria para lograr la efectividad de los derechos fundamentales que por este fallo se protegen. Para ello se procederá, así mismo, por parte de estas autoridades, a proporcionar la asistencia jurídica que requiera la tutelante para hacer efectivos ante la justicia de los Estados Unidos, sus derechos y los de su menor hijo, ya sea mediante el trámite del *exequatur* de la presente Sentencia, o de la intervención dentro de cualquier proceso judicial o administrativo en trámite o por iniciarse en ese país, relacionado con su derecho a la guarda y custodia de su hijo.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente sentencia, DECLARAR saneada la nulidad por falta de notificación.

Segundo. CONFIRMAR la Sentencia Proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con las siguientes modificaciones y adiciones:

a) La tutela solicitada por la actora en su nombre y en el de su hijo menor se concede como mecanismo transitorio. En consecuencia, el señor Charles Wesley Anglin debe entregar el niño a su madre en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente Sentencia.

b) Como consecuencia de lo anterior, la actora deberá iniciar ante la jurisdicción de familia dentro del término de cuatro (4) meses, contados a partir de la entrega del menor, el proceso de definición de la guarda y custodia del niño y la regulación de visitas. Se advierte a la actora que si no instaura la demanda respectiva en el plazo señalado, cesarán los efectos de esta tutela.

Tercero. ORDENAR la regulación provisional de un régimen de visitas del padre, que se prolongará desde la entrega del menor a su madre hasta cuando el juez de familia competente, adopte la decisión definitiva correspondiente. En consecuencia, SOLICITAR, la intervención del defensor de familia, para que determine la manera en que se llevarán a cabo las visitas aquí ordenadas. Para tal efecto, se enviará fotocopia íntegra del expediente al director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien informará a la Corte y al Juzgado Primero de Familia de Cali, sobre el cumplimiento de las visitas que se ordenan.

Cuarto. ORDENAR al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Consulado de Colombia en la ciudad de Chicago, prestar toda la ayuda personal y material necesaria para lograr la efectividad de los derechos fundamentales que por este fallo se protegen, ayuda que incluirá la asistencia jurídica que requiera la tutelante para hacer efectivos ante la justicia de los Estados Unidos, sus derechos y los de su menor hijo.

Quinto. ORDENAR al Juzgado Primero de Familia de Cali, que verifique el cumplimiento de esta Sentencia.

Sexto. COMUNICAR la presente Sentencia al Juzgado Primero de Familia de Cali, para que sea notificada a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Séptimo: Para el cumplimiento de la presente decisión en el exterior, tramítese el *exequatur* ante la autoridad competente.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA SU-224
mayo 20 de 1998

PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Regulación legal

HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Vínculo contractual de origen civil

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Controversias de orden legal

Las consideraciones acerca de la existencia de una justa o injusta causa para la terminación de la relación y las consecuencias de índole jurídico sobre los derechos e intereses de la madre comunitaria por la decisión adoptada, por cuanto se refieren a una controversia de orden estrictamente legal, son del conocimiento del juez competente y escapan al conocimiento del juez constitucional de tutela, quien no está facultado para definir litigios de esa naturaleza, sin perjuicio de incurrir en la intromisión de funciones judiciales que no le han sido asignadas

DERECHO AL TRABAJO-Inexistencia de vulneración por no darse una vinculación de carácter laboral

Respecto al posible desconocimiento del derecho al trabajo, por la terminación de la relación vigente y la suspensión de la actividad del hogar comunitario a su cargo, es pertinente concluir que, si de la relación existente entre la demandante y la accionada no se desprende una vinculación de carácter laboral, no es posible deducir la amenaza o violación de dicho derecho, razón por la cual no prospera la tutela para los efectos de la protección del mismo.

HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Cierre/**MADRES COMUNITARIAS**-Suspensión de actividad por edad

DERECHO A LA IGUALDAD-Trato sin diferencias entre personas que comportan una misma situación fáctica

DERECHO A LA IGUALDAD-Inexistencia de un evidente trato discriminatorio

DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-No otorgamiento de término para subsanar irregularidades

DERECHO DE DEFENSA DE MADRES COMUNITARIAS-Otorgamiento de término para subsanar irregularidades

Referencia: Expediente T-143974.

Peticionaria: Carolina Mena Córdoba.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Plena de la Corte Constitucional procede a revisar los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Civil Municipal y Civil del Circuito de Quibdó, en el proceso de la referencia.

El expediente llegó al conocimiento de esta Corporación por remisión que hizo el juzgado mencionado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección Número Nueve de la Corte, seleccionó para su revisión el presente asunto y la Plenaria de la Corporación determinó que este fuera decidido por todos los Magistrados que la integran.

En atención a que la ponencia presentada por el Magistrado Sustanciador no fue aprobada, se asignó la elaboración del proyecto de sentencia al Magistrado Doctor Hernando Herrera Vergara.

Los acápites relativos a la información preliminar, fueron tomados en su gran mayoría del proyecto inicialmente presentado a discusión de la Sala Plena, por el Magistrado Sustanciador Doctor José Gregorio Hernández Galindo, a quien había correspondido la tramitación del proceso.

I. INFORMACION PRELIMINAR.

La señora Carolina Mena Córdoba promovió demanda de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Asociación comunitaria de familias usuarias de hogares de bienestar del barrio Niño Jesús del sector Cabí, por violación de sus derechos a la igualdad y el trabajo.

Manifiesta la demandante que en el mes de enero de 1990 el ICBF solicitó sus servicios para que se hiciera cargo de quince niños como madre sustituta o comunitaria y se le asignó un hogar infantil que debía funcionar en su casa de habitación ubicada en el sector de Cabí del Barrio Niño Jesús, en Quibdó.

Después de haberse practicado la visita domiciliaria y por llenar todos los requisitos se le instaló el hogar. Según lo manifiesta la actora, todo transcurrió normalmente durante aproximadamente siete años sin ninguna queja ni llamado de atención, habiendo cumplido con todas las exigencias del ICBF.

El 31 de enero del presente año (1997) le llegó una nota firmada por la Presidenta y Tesorera de la Asociación de padres de Bienestar del Niño Jesús en la cual se le dijo: "Después de analizar el acuerdo 021 del mes de abril de 1996 que señala lineamiento para la organización y funcionamiento del programa hogares de Bienestar y fija como edad máxima para el trabajo con los niños 55 años y una escolaridad mínima de 4° año de primaria, en razón a lo anterior la señora Carolina Mena, cumplió la mayoría de edad para ser madre comunitaria...".

Al presentar una reclamación, el Centro Zonal de Quibdó, con oficio de mayo 28 de 1997, le respondió manteniendo la decisión de cierre del hogar comunitario, con base en que la vivienda carece del mínimo espacio para albergar 15 niños y no reúne los requisitos mínimos, anotando algunas deficiencias presentadas en el funcionamiento del mismo, las cuales fueron observadas después de haberse realizado una serie de visitas a dicho establecimiento.

Considera que no es claro que se le invoque un Acuerdo del año 96, cuando durante los siete años en que mantuvo el hogar no se le dijo nada y siempre debe aplicarse la norma más favorable para el trabajador. Afirma que "mal diría que coincide con la época preelectoral". Además se le pidió que estudiara y eso está haciendo los sábados, domingos y festivos.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Quibdó, mediante providencia del nueve (9) de Julio de mil novecientos noventa y siete (1997), resolvió negar el amparo al derecho fundamental al trabajo y tutelar el derecho a la igualdad ordenando al ICBF restituir a la demandante al hogar comunitario que venía atendiendo.

Del amplio material probatorio allegado al expediente por el juez de instancia éste concluye afirmando que no existe relación laboral alguna entre el ICBF , la junta y la accionante. Lo que se configura es una relación contractual a través de un contrato de aporte celebrado entre la regional del ICBF y la asociación de padres de hogares de Bienestar. Se excluye entonces el amparo al derecho al trabajo por no existir relación laboral alguna entre la accionante y los querellados.

En cuanto al derecho a la igualdad el juez concluye que, "..teniendo en cuenta que las personas que por iguales CAUSALES fueron desvinculadas del programa, fueron reintegradas al mismo, cumpliendo directrices de las directivas del Instituto de Bienestar Familiar a nivel Nacional que al solicitar la accionante justificación del por qué de la desvinculación ante el ICBF Quibdó, este por conducto del centro Zonal Quibdó, a través de la asesora y coordinadora le contesta esgrimiendo nuevas causales, no alegadas al momento de la desvinculación".

En la Inspección Judicial practicada por el Juzgado a la vivienda de la accionante se encontró que sus dimensiones son de 4 metros de ancho por 18 metros de fondo, es decir 72 metros cuadrados, que da un promedio de 4.8 metros cuadrados por niños teniendo en cuenta que son 15 niños, lo cual satisface los requerimientos mínimos de espacio exigidos por los lineamientos técnicos administrativos que señalan como estándar un espacio de 1.33 metros cuadrados por niño.

Consignó además, en su fallo: "Mediante la misma inspección judicial pudo establecer el despacho, que la limpieza, orden del lugar eran suficientes, no pudo observar humedad y la cocina y servicio sanitario los encontró en buenas condiciones y recién reparados, lo mismo que existía suficiente aprovisionamiento de agua".

En cuanto al nivel académico de la accionante, ésta sigue recibiendo la instrucción que se le exige.

El anterior fallo fue impugnado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad que señaló en su escrito que la señora Carolina Mena Córdoba no había sido desvinculada por el factor edad sino por aspectos técnicos ya que no había cumplido con lineamientos tales como:

a) No llenaba los registros de peso y talla de los niños, lo que significa que no evaluaba el estado nutricional de los mismos.

b) La jornada de atención de los niños es de 8 a.m. a 4 p.m. y ella solo los atendía de 8 a.m. a 1 p.m.

Correspondió decidir en segunda instancia al Juzgado Civil del Circuito de Quibdó, despacho que en providencia del veintiséis (26) de agosto de 1997 resolvió revocar el numeral segundo de la providencia impugnada, y en su lugar tutelar a la señora Carolina Mena su derecho al debido proceso debiendo volver las cosas al estado inicial, para lo cual se ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar restituir a la tutelante el hogar comunitario que venía atendiendo.

El juez que revisó el fallo inicial consideró que la decisión de suspender a la accionante el hogar comunitario y evaluar si hubo justa causa para tal determinación, haría improcedente la tutela, pues para ello existen otros mecanismos de defensa judicial, ya sea por la vía ordinaria laboral o contencioso administrativa.

Afirmó el juez en su providencia:

> *"Por consiguiente, aunque aquí no se invocó el derecho fundamental constitucional al debido proceso, atendiendo a lo ya expuesto creemos que en el trámite del cierre del hogar si hubo una irregularidad con connotación de violación a este derecho, para lo cual hemos de analizar en primer lugar el valor jurídico de la norma que establece el proceso administrativo, para luego comparar el procedimiento válidamente establecido (si así lo fue) para el cierre de un hogar comunitario, con el procedimiento cumplido para el caso que nos ocupa".*

De conformidad con el Acuerdo 050 de 1996 proferido por la Junta Directiva del ICBF, que señala el procedimiento a seguir para el cierre de un hogar comunitario, el artículo primero del citado acuerdo establece dos procedimientos: uno para el cierre definitivo por las causales señaladas en el artículo segundo y otro para las causales contempladas en el artículo tercero.

En el presente caso es aplicable el literal b) del artículo primero que señala que la decisión debe ser tomada por los Coordinadores de los Centros Zonales después de un trámite que incluye realización de visitas de seguimiento, asesoría y supervisión al servicio, otorgamiento de un término para que las fallas detectadas se corrijan. Este procedimiento no se cumplió en el caso de la accionante. Además los Acuerdos de la Junta Directiva son de obligatorio cumplimiento, en bien de los derechos de los menores. Se violó entonces el derecho al debido proceso que debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas en los términos del artículo 29 de la Constitución Política.

Concluye el juez:

> *"Es palmario que a pesar que a la señora Carolina Mena Córdoba, se le hicieron algunas recomendaciones o recriminaciones sobre el particular, es decir, sobre las irregularidades, es evidente que se guardó silencio respecto al término dentro del cual debería remediar sus falencias. De allí el quebrantamiento del Derecho Fundamental Constitucional al debido proceso".*

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas por los Juzgados Segundo Civil Municipal y Civil del Circuito de Quibdó, con fechas 9 de julio y 26 de agosto de 1997, respectivamente, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. La materia a examinar.

El asunto sometido a revisión de esta Corporación versa sobre la eventual vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, igualdad y debido proceso de la demandante, quien venía desempeñándose como madre comunitaria dentro del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en relación con la orden de cierre del hogar que dirigía, por parte de la asociación comunitaria de familias de su barrio.

Procede la Sala a examinar si las decisiones proferidas por los jueces de instancia, al negar la primera el derecho al trabajo y conceder el amparo respecto del derecho a la igualdad y al revocar la segunda esta decisión y, en su lugar, tutelar el derecho fundamental al debido proceso, se ajustan al material probatorio que aparece en el expediente y a la doctrina constitucional expedida sobre los mismos.

3. Precisiones previas acerca del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar.

El Congreso de la República, por medio de la Ley 7 de 1979, fijó los principios fundamentales para consagrar medidas de protección de la niñez colombiana, establecer el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y reorganizar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (artículo 1o.), al cual le asignó a través de su Junta Directiva, entre otras funciones, la de formular su política general, y los planes y programas que prescritos por el Ministerio de Salud, el Departamento Nacional de Planeación y la Dirección General del Presupuesto, se propondrán para su incorporación a los planes sectoriales y a través de estos, a los planes generales de desarrollo (artículo 26, literal a).

Posteriormente, el legislador, por medio de la ley 89 de 1988, asignó unos recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF (conforme a las Leyes 27/74 y 7/79) destinados a desarrollar y dar cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país, definidos éstos como *"aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país"*. (artículo 1o., parágrafo 2o.)

Dentro del marco de gestión de dicho Instituto, se debe propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos (D. 1471/90, artículo 124), fundamentando los programas que adelanta en la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, la participación de la comunidad y la determinación de la población prioritaria (artículo 125 *ibidem*), todo lo cual debe guardar estrecha relación para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los niños (C.P., artículo 44).

De esta manera, en la reglamentación expedida respecto del "Programa Hogares Comunitarios de Bienestar" (D. 1340/95), a su Junta Directiva se le atribuyeron las funciones de establecer los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan su organización y funcionamiento, con implementación gradual, según las condiciones sociales, económicas, geográficas y de participación comunitaria de cada región y con apoyo en la familia y la sociedad, para asistir y proteger al niño garantizando su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por dicha razón, el programa debe ser ejecutado directamente por la comunidad, a través de las asociaciones de padres de familia de los menores beneficiarios del mismo o de otras organizaciones comunitarias, como las madres comunitarias, con una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria, puesto que se deriva de la obligación de asistir y proteger a los niños, la cual corresponde a toda la sociedad y la familia.

En ejercicio de esas atribuciones, la Junta Directiva del ICBF en el Acuerdo 021 de 1996 señaló los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos que deben regir la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, de conformidad con lo cual, tales hogares podrán funcionar en la casa de una madre comunitaria o en espacios comunitarios que, de acuerdo con las necesidades de los niños, menores de siete (7) años, sus familias y la disponibilidad de recursos, podrán ser familiares, múltiples y empresariales. Adicionalmente, los espacios deben garantizar mínimas condiciones físicas, ambientales y de seguridad, que permitan a los infantes realizar actividades que les proporcionen su normal crecimiento y desarrollo y les eviten posibles riesgos.

Conforme al funcionamiento descrito, el cuidado de los hogares comunitarios estará a cargo de una o más madres comunitarias, escogidas por la junta de padres de familia o la organización comunitaria pertinente, que presenten un determinado perfil para desempeñarse en la labor, calificado por la edad, comportamiento social y moral, educación básica primaria, disponibilidad de una vivienda adecuada y de brindar atención a los niños en un espacio comunitario, con vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, con propósito de capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, con buena salud y con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños (literales a., b., c., artículo 5o.).

De lo anterior se desprende que, el funcionamiento y resultados efectivos del programa requieren de un control sobre los mencionados hogares; para ello, la Junta Directiva del ICBF, mediante el Acuerdo 050 de 1996, determinó las situaciones que dan lugar al cierre inmediato o el definitivo de los mismos, así como lo atinente a su reubicación, consagrando las causales respectivas, los funcionarios competentes para decretarlo y el procedimiento para adoptar la decisión.

Hechas las anteriores consideraciones entra la Sala a estudiar el respectivo asunto.

4. Análisis del caso *sub examine*.

Como se deduce de los hechos narrados, la actora reclama del juez de tutela la protección constitucional de los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad, que considera vulnerados con la decisión de suspenderla en su desempeño como madre comunitaria al frente de un hogar del Bienestar Familiar, en la medida en que cercena su fuente de trabajo en condiciones dignas y justas, toda vez que los resultados de su gestión y su edad no generan el desconocimiento de los derechos a la vida, la integridad física, salud, alimentación equilibrada, cuidado y amor de los niños bajo su cuidado.

- **Derecho al trabajo.**

Cabe precisar, en primer término, que en la sentencia T-269 de 1995, de esta Corporación, se determinó que el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de Bienestar, es de naturaleza contractual, de origen civil, al expresar lo siguiente:

> *" Para la Sala, el vínculo que unió a la señora Gómez de Soto* [madre comunitaria] *con la Asociación de Padres de Familia Hogares Comunitarios de Bienestar del Sector La Fuente, Municipio de Tunja, Departamento de Boyacá, era de naturaleza contractual. En esto concuerda con el criterio que adoptó el ad quem en la sentencia objeto de revisión, porque para éste, tal nexo, sin ser laboral, sí supuso una vinculación voluntaria, una colaboración humanitaria y ciudadana.*
>
> *Sin duda, alrededor de la relación surgida entre ambas partes -una entidad sin ánimo de lucro, de beneficio social, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y un particular que nunca ostentó la calidad de empleado-, se puede decir que fue de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre, a la satisfacción del interés de su contraparte, o sea la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de la beca suministrada por el I.C.B.F.; consensual, puesto que no requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada.*
>
> *Establecido que el nexo era contractual, la Sala piensa que la clausura del hogar no fue sino una simple consecuencia de su terminación. Y, en este sentido, considera que*

la decisión de la junta directiva no fue una medida disciplinaria, sino la aplicación de una facultad otorgada por el ordenamiento." (Subraya fuera del texto).

Como es sabido, para que exista una vinculación contractual de carácter laboral se requiere la prestación personal del servicio por parte del trabajador, la subordinación y el salario, este último como retribución del servicio; y si se trata de un empleado vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, el respectivo nombramiento de la autoridad oficial nominadora, con la prestación personal del servicio con posterioridad a la posesión, unido a la subordinación y el respectivo salario, cuyos presupuestos no aparecen configurados en el asunto *sub examine.*

Por el contrario, como se expresa en la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Quibdó:

"Al efecto el artículo Cuarto del decreto 1340 de Agosto 10 de 1995, decreto por el cual se dictan disposiciones sobre el programa de hogares comunitarios de Bienestar, señala que *" la vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de "**hogares de bienestar,** mediante trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y de la familia: por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en el participan".*

"De lo anterior es claro concluir que no existe una relación laboral entre el I.C.B.F., la junta mencionada y la accionante, aún cuando ésta última sienta que se le ha violado vulnerado (sic) su derecho al trabajo.

"Entre el I.C.B.f. Y la junta de Asociación de usuaria existe una relación contractual a través de un contrato de APORTE, celebrado entre la regional del I.C.B.F. y la asociación de padres de hogares de Bienestar. En el que en términos generales establece que el primero se compromete a aportar unos recursos de la entidad estatal y el segundo a utilizar dichos recursos en la ejecución del programa de hogares comunitarios, a través de la nutrición.

"Queda excluido pues de este fallo el amparo al derecho ***al trabajo*** artículo 23 de la Constitución Nacional, por no existir relación Laboral Alguna entre la accionante y los querellados".

Por otra parte, las consideraciones acerca de la existencia de una justa o injusta causa para la terminación de la relación y las consecuencias de índole jurídico sobre los derechos e intereses de la madre comunitaria por la decisión adoptada, por cuanto se refieren a una controversia de orden estrictamente legal, son del conocimiento del juez competente y escapan al conocimiento del juez constitucional de tutela, quien no está facultado para definir litigios de esa naturaleza, sin perjuicio de incurrir en la intromisión de funciones judiciales que no le han sido asignadas (C.P., artículo 86 y 121). En este sentido se ha pronunciado la Corporación:

"Al tener la acción de tutela como fin esencial la protección de los derechos constitucionales fundamentales resulta imposible que provoque el desplazamiento de la justicia ordinaria para el conocimiento y decisión sobre los derechos de orden legal. Así las cosas, la mencionada acción no constituye el mecanismo de defensa judicial idóneo para resolver las controversias de naturaleza contractual o convencional que surjan entre las partes contratantes o los sujetos gobernados por estipulaciones convencionales, en cuanto la definición de fondo de esos litigios corresponde constitucional y legalmente a una determinada jurisdicción, que deberá tramitarlos a través de procedimientos ordinarios, previamente

establecidos en el ordenamiento jurídico vigente; lo contrario, supondría una incursión ilegal y arbitraria en la órbita de competencia de las autoridades judiciales con la consecuente usurpación de funciones, que desdibujaría la naturaleza de ese amparo y desviaría sus objetivos hacia ámbitos extraños a sus finalidades.". (Sentencia T-551 de 1996, M.P. Doctor Hernando Herrera Vergara).

Por consiguiente, con respecto al posible desconocimiento del derecho al trabajo, invocado por la peticionaria, por la terminación de la relación vigente y la suspensión de la actividad del hogar comunitario a su cargo, es pertinente concluir que, si de la relación existente entre la demandante y la accionada no se desprende una vinculación de carácter laboral, no es posible deducir la amenaza o violación de dicho derecho, razón por la cual no prospera la tutela para los efectos de la protección del mismo.

No obstante lo anterior y teniendo en cuenta los posibles efectos que la determinación impartida por la mencionada asociación de padres pueda tener ante los derechos a la igualdad y debido proceso de la actora, se hace necesario examinar las razones que la fundamentaron y las condiciones que rodearon su formulación y ejecución, con la consecuente suspensión de la actividad como madre comunitaria.

- **Derecho a la igualdad.**

Como se ha señalado, los motivos aducidos por la asociación de padres para suspender el hogar comunitario que funcionaba en la residencia de la señora Carolina Mena Córdoba, a partir del 1o. de febrero de 1997, consistían, de un lado, en haber sobrepasado ésta la edad límite para desempeñarse como madre comunitaria y, del otro, no contar con la escolaridad mínima exigida, ya que según su propia declaración (fol. 17) nació en el año de 1933 y para la fecha de la formulación de la presente acción, se encontraba cursando el grado segundo escolar de primaria.

El argumento por el cual la actora denuncia una actuación arbitraria por parte de la asociación comunitaria de familias usuarias de hogares de bienestar del barrio Niño Jesús del sector Cabí, y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como demandados, consiste en que, según su opinión, la medida cobijó a varias madres comunitarias por la causal de la edad, de las cuales algunas con posterioridad fueron reintegradas a la prestación del servicio de su respectivo hogar comunitario, salvo la demandante.

Resulta necesario precisar que los fallos de tutela que examinaron la pretensión referente a la vulneración del derecho a la igualdad, como ya se expresó, no fueron adoptados en el mismo sentido, dado que la protección fue concedida en la primera instancia y negada en la segunda. Para efectos de realizar su correspondiente revisión, en primer lugar, hay que señalar que, como lo establece la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política supone un trato sin diferencias entre personas que comportan una misma situación fáctica. Al respecto esta Corporación ha dicho:

"El principio constitucional de la igualdad se traduce en el derecho que tienen todas las personas a que no se consagren excepciones o privilegios que "exceptúen" a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se infiere que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos.

(...)

Al precisar el alcance del derecho a la igualdad, la Corporación también ha señalado que el objeto de esta garantía que a toda persona reconoce el artículo 13 de la Carta, no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que

otorgue a todas las personas idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de diferenciaciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo formal, se favorezca la desigualdad. Para ser objetivas y justas, las reglas de la igualdad ante la ley no pueden desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas exigen regulación diferente 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 circunstancias concretas que los afectan, ya por las condiciones en medio de las cuales actúan, pues unas y otras hacen imperativo que el Estado procure el equilibrio, que en derecho no es cosa distinta que la justicia concreta.". (Sentencia C-345 de 1993, M.P., Doctor Alejandro Martínez Caballero).

La norma aplicada, en la decisión que se cuestiona, está contenida en el Acuerdo No. 021 del 23 de abril de 1996 *"por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar"*, que establece, en el literal c) de su artículo 5o., como requisitos de las madres comunitarias los siguientes:

"ARTICULO QUINTO: DE LA ORGANIZACION Y OPERACION: *La Dirección General del ICBF, establecerá los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos que garanticen el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo, así como los manuales para el manejo de cuentas y su rendición conforme a las normas vigentes.*

(...)

c) Los Hogares Comunitarios de Bienestar funcionarán bajo el cuidado de una madre comunitaria si es Hogar Comunitario Familiar o varias madres comunitarias si es Hogar Comunitario Múltiple o Empresarial, escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la Organización Comunitaria quienes deben tener el siguiente perfil: hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con niños, mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga disposición para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al Programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños. (...)". (Subraya la Sala).

Ahora bien, el único testimonio en virtud del cual se sustentó la violación del derecho a la igualdad que el juez de primera instancia encontró configurada, se refiere a la declaración rendida por la señora Herminia Puentes Hidalgo, Profesional Universitario del Centro Zonal del ICBF de Quibdó, el día 3 de julio de 1997, la cual se produjo en este sentido:

"... las asesoras se reunieron con las diferentes madres y se les leyó y explicó el acuerdo 021 de 1996 y el acuerdo 050 de 1996, advirtiéndoles que se iba a proceder conforme a lo estipulado en los mismos: fue así como a partir del primero de febrero fueron desvinculadas algunas madres únicamente o exclusivamente por la edad, no recuerdo sus nombres (el despacho deja constancia que la

declarante para suministrar los nombres de las madres abre una carpeta que tiene en su poder) y prosigue con la declaración que las madres que fueron retiradas fueron: Sonia Cuesta Moreno, de 56 años, Bárbara Serna García de 59 años, Eulogia no dice el apellido, de 60 años, estas correspondían al sector Kennedy o zona número 2. También fue desvinculada la señora Crescencia Valencia de Castro de 62 años, perteneciente a la zona Kennedy número l. Del Barrio Cabí fue desvinculada únicamente la señora Carolina Mena Córdoba de 59 años. Del sector Chambacú fue desvinculada la señora Olga Helena Palacio de 61 años. Del Barrio Palenque fue desvinculada la señora Marina Elisa Mena Abadía de 59 años de edad. Del Barrio San Martín fue desvinculada la señora Fidelina Mena de Chala quien para ese entonces tenía 65 años de edad, todas estas bajo mi responsabilida... Todas las madres comunitarias del sector Kennedy antes nombradas fueron reintegradas a raíz de una nota que llegó directamente desde Bogotá la cual hacía aclaración que el acuerdo 021 de 1996 sería únicamente para aplicarlo a las madres que fueran vinculadas a partir del año de 1996". (fl. 67) (Subraya fuera del texto).

Como se expuso en la ponencia inicial presentada a la Sala Plena: "según se desprende de la anterior declaración se reintegró a todas las madres comunitarias que habían sido desvinculadas por el factor edad sin que se hubiese hecho distinción alguna entre ellas por ese concepto, ni se hubiere discriminado a la accionante, ante lo cual no prosperará la tutela en relación con este derecho".

Sinembargo, a juicio de la Corporación, si la única circunstancia para retirar a la demandante era la de haber llegado a la edad máxima de 55 años, se hubiese podido configurar la violación del derecho a la igualdad, en el evento de que ello estuviese suficientemente acreditado por los medios legales pertinentes, pues aparte del referido testimonio único, no existe prueba alguna aportada al expediente o recaudada por los jueces de instancia que demuestre la existencia de un evidente trato discriminatorio entre la demandante y las demás madres comunitarias, que permita establecer con veracidad que, evidentemente, éstas, con excepción de la actora, fueron reintegradas una vez revocada la medida que la excluía por la edad, razón por la cual, la tutela no puede concederse por este aspecto, como lo estimó de manera acertada el Juzgado Civil del Circuito de Quibdó, en la sentencia que se revisa.

Además de lo anterior, cabe destacar que si bien es cierto que inicialmente una de las causas que motivó el retiro de la demandante fue el del factor de la edad, con posterioridad, el Centro Zonal de Quibdó determinó la desvinculación de la misma por las razones invocadas en el oficio que obra a folios 8 y 9 del expediente, relacionadas con las deficiencias encontradas en el hogar comunitario asignado a la demandante, luego de practicadas las pertinentes visitas al mismo.

- **Derecho al debido proceso.**

El Juzgado Civil del Circuito de Quibdó, quien conoció de la acción en segunda instancia, concedió la tutela por violación al derecho al debido proceso, al señalar que no se había observado en el trámite de cierre adelantado respecto del hogar comunitario de la actora Carolina Mena Córdoba, toda vez que los coordinadores de los Centros Zonales, una vez adelantadas las visitas de seguimiento, asesoría, así como de supervisión al servicio, no fijaron un término para subsanar las fallas encontradas en la dirección del mismo (fols. 7,8 y 9, del 22 al 27, 37 y 38) y encuadradas dentro del artículo 3o. del Acuerdo 050 de 1996, lo que ocasionó su cierre definitivo.

Teniendo en cuenta que las razones determinantes del cierre del hogar comunitario, invocadas por la accionada en el oficio de 28 de mayo de 1997, según las cuales con base en las visitas realizadas se pudieron constatar deficiencias en el funcionamiento del mismo y el bajo nivel académico de la demandante, corresponde determinar si con dicha actuación se observó el procedimiento respectivo.

La reglamentación vigente acerca del procedimiento a seguir en caso de cierre y reubicación de los hogares comentarios de bienestar, se encuentra contenida en el antes citado Acuerdo 050 de 1996, expedido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cuyo artículo 1o. dispone lo siguiente:

> *"**ARTICULO PRIMERO.** Entiéndese por cierre de un Hogar Comentario de Bienestar el acto de clausurar el servicio que se presta en el mismo, cuando sobrevengan circunstancias que impidan su normal funcionamiento.*
>
> *La decisión del cierre de un Hogar Comentario de Bienestar será competencia de los Coordinadores de los Centros Zonales o quien haga sus veces. El ICBF deberá definir la renunciación del Hogar cerrado o de los niños, de conformidad con las necesidades de atención y los recursos existentes.*
>
> *El cierre de un Hogar Comentario de Bienestar es definitivo y se producirá en la siguiente forma:*
>
> *a) Inmediata cuando se presente alguna de las causales señaladas en el Artículo Segundo del presente Acuerdo.*
>
> *b) Después de realizar las visitas de seguimiento, asesoría y supervisión al servicio, donde se detecte alguna de las causales señaladas en el Artículo Tercero del Presente Acuerdo, y dichas fallas no se subsanen dentro del término establecido". (Subraya la Sala).*

Del contenido de la normatividad mencionada se colige que, la decisión de cierre de un hogar comunitario es de competencia de los coordinadores de los Centros Zonales del ICBF, de conformidad con las causales de cierre que se evidencien en los artículos 2o. y 3o. de ese Acuerdo, en forma inmediata o definitiva, esta última después de haber sido señalado un término para permitir corregir las fallas. Debe entonces confrontarse la anterior normatividad con el asunto materia de revisión, a fin de determinar si el trámite de cierre que se censura se ajustó o no a dichas estipulaciones.

Del cuaderno de pruebas que obra en el expediente se observa la realización de varias visitas de supervisión y asesoría al hogar de la señora Carolina Mena Córdoba, por funcionarios del Centro Zonal de Quibdó del ICBF y miembros de la asociación comunitaria de familias usuarias de hogares de bienestar del barrio Niño Jesús del sector Cabí, con formulación de las debidas recomendaciones acerca de las fallas encontradas en el funcionamiento del hogar, según lo exigido en el programa nacional (fols. 7,8, 9, 22 al 27, 37 y 38).

Las irregularidades allí presentadas, las cuales venían desde el año de 1994, hacen relación con la planeación y ejecución de actividades pedagógicas o de nutrición y salud con los niños, las deficientes condiciones de higiene o de seguridad en el espacio de atención a aquellos, y la inobservancia de los lineamientos técnico administrativos que dificultaban el normal funcionamiento del hogar, y que ocasionaron la comunicación de cierre definitivo del hogar comunitario, por parte del Centro Zonal de Quibdó del ICBF, como se desprende del documento que obra a folios 8 y 9 del expediente.

Para la Corte es evidente que, de acuerdo con las visitas realizadas por funcionarios del ICBF, se detectan una serie de deficiencias en el hogar comunitario asignado a la actora, que se encuentran comprendidas dentro de las causales de cierre definitivo del mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 3o. del Acuerdo No. 050 del 14 de noviembre de 1996 *"Por el cual se dictan lineamientos para el cierre y reubicación de Hogares Comunitarios de Bienestar"*.

Empero, como quiera que en el mismo Acuerdo se consagra una garantía en desarrollo del derecho de defensa de la inculpada, consistente en la fijación de un término que le permita subsanar las irregularidades encontradas durante las visitas de seguimiento y supervisión al servicio efectuadas, el cual no fue observado, se deduce el quebrantamiento del debido proceso en la actuación administrativa correspondiente.

La Carta Política de 1991 señala claramente en el artículo 29 que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; de manera que, al no haberse otorgado dicho término para proceder al cierre definitivo del hogar comunitario de la demandante, resulta evidente que en el caso *sub examine* se deberá retrotraer la actuación para garantizar el derecho de defensa de la inculpada, permitiéndole, dentro del plazo que se establezca, desvirtuar las irregularidades encontradas en las visitas mencionadas.

Como bien lo anota el juez de segunda instancia, es posible que los hechos que originaron el cierre del hogar comunitario en mención, a los cuales se refiere el escrito de impugnación de la accionada y que fueron atribuidos a la actora, configuren la procedencia del cierre definitivo; pero, para ello, previamente debía agotarse el respectivo procedimiento con fundamento en las normas del ICBF.

En consecuencia, habrá de confirmarse parcialmente la sentencia materia de revisión proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Quibdó, en cuanto tuteló el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, modificándola en el sentido de retrotraer la actuación administrativa adelantada por el ICBF, en relación con el cierre del hogar comunitario de la señora Mena Córdoba, a fin de que se le señale a ésta el término dentro del cual deberá demostrar que ha subsanado las fallas encontradas, que le permitan continuar a cargo del mismo en circunstancias normales, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 44 de la Carta Fundamental, según el cual " los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.".

IV. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR PARCIALMENTE, por las razones indicadas en esta providencia, el fallo proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Quibdó, el 27 de agosto de 1997, en cuanto tuteló a la ciudadana Carolina Mena Córdoba el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

Segundo. MODIFICAR la mencionada sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Quibdó, en el sentido de retrotraer la actuación administrativa adelantada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, en relación con el cierre del hogar comunitario de bienestar de

la actora, para los efectos de que se le señale a aquella un término dentro del cual deberá acreditar que ha subsanado las irregularidades encontradas por dicho Instituto, que permitan el normal funcionamiento del mismo, en defensa de los derechos de los niños a su cuidado.

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

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ Magistrado
–Con salvamento de voto–

JOSE GREGORIO HERNADEZ GALINDO Magistrado
–Con salvamento de voto–

HERNANDO HERRERA VERGARA Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ Magistrada (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO Magistrado
–Con salvamento de voto–

FABIO MORON DIAZ Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA SU-224
mayo 20 de 1998

DERECHO A LA IGUALDAD-Separación de funciones por norma administrativa fundada en la edad (Salvamento de voto)

CONTRATO DE MADRES COMUNITARIAS-Carácter laboral (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS EN CONTRATO DE MADRES COMUNITARIAS (Salvamento de voto)

CONTRATO DE MADRES COMUNITARIAS-Aplicación de principios constitucionales y criterio sustancial (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-143974.

Coincidimos con la mayoría en que, según lo probado, la accionante merecía protección judicial en lo relativo al debido proceso; y pensamos también que el derecho a la igualdad de la actora fue flagrantemente desconocido desde el momento en que se le aplicó una norma administrativa fundada en la edad para separarla de las funciones que venía desempeñando.

De todas maneras, estimamos más acertado el análisis jurídico que aparecía consignado en la ponencia original.

Los suscritos magistrados, al apartarnos de la decisión mayoritaria, que inclusive provocó la renuncia del ponente inicial, Doctor José Gregorio Hernández Galindo, a la conducción del caso, lo hicimos con fundamento en la convicción de que lo resuelto en la sesión del 7 de mayo de 1997, aprobado por seis votos contra tres, llevaba a que la Corte, en esta Sentencia, no entraría a definir la naturaleza de la relación jurídica -laboral o contractual- que se genera entre el ICBF o las comunidades que en su representación actúan y las madres comunitarias. Fue precisamente de esa determinación de la que disentimos, ya que, en nuestro criterio, el mencionado asunto era en esta ocasión el de mayor trascendencia desde el punto de vista de la función doctrinal que cumple la revisión de los fallos de tutela por la Corte.

En el acta correspondiente, la número 18, puede leerse:

> *"El presidente, de conformidad con lo acordado por la Sala, procedió a someter a votación el punto acerca de sí en este fallo se entraría a definir el tema sobre la naturaleza de la relación contractual con las madres comunitarias o sólo sobre el tema de la igualdad. Fue negada la propuesta del ponente para tratar ese tema con tres (3) votos".*

No obstante, el nuevo ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara, elaboró un proyecto de fallo que, sin análisis específico, transcribió y acogió las razones del juez de instancia para negar

el amparo sobre el supuesto de que la aludida relación no era laboral sino civil, y respaldó la tesis plasmada en la Sentencia T-265 de 1995 -que justamente los suscritos proponíamos que fuera revisada-, para concluir que, "si de la relación existente entre la demandante y la accionada no se desprende una vinculación de carácter laboral, no es posible deducir la amenaza o violación de dicho derecho, razón por la cual no prospera la tutela para los efectos de la protección del mismo".

Aunque en la sesión del 20 de mayo el Magistrado Alejandro Martínez Caballero advirtió que, con ese texto de la ponencia, se estaba "reviviendo un tema que ya había sido debatido y decidido por mayoría excluir de este fallo, cual es el de la naturaleza del contrato de las madres comunitarias" -opción que los firmantes prohijábamos pero que no fue aceptada por la mayoría-, lo cierto es que, según consta en el acta correspondiente, la ponencia presentada por el Magistrado Hernando Herrera Vergara fue votada, como se presentó, y aprobada por seis (6) votos, sin negar la parte referente a la naturaleza de la relación.

Esto hace que la Corte haya mantenido la posición que sostuvo la Sala Primera de Revisión en la Sentencia T-265 del 22 de junio de 1995 (M.P.: Doctor Jorge Arango Mejía), en el sentido de que el vinculo establecido con las madres comunitarias es de orden contractual, de origen civil, consensual y oneroso.

Pero el estudio de la Sala Plena, con independencia de la definición que se adoptara, ha debido producirse a cabalidad, de manera sustancial y completa. Tal era el propósito de los magistrados de la Sala Quinta de Revisión cuando sometieron el punto al análisis y a la decisión de ella.

A nuestro juicio, la Corte se limita a afirmar el carácter contractual de la relación, sin sustentarlo a la luz de los principios constitucionales, en especial los contemplados en el artículo 53 de la Carta, y desconociendo lamentablemente la realidad de las condiciones en que se prestan los servicios personales por las madres comunitarias.

La Corte tenía en este caso a su conocimiento un asunto que le brindaba excepcional oportunidad para dilucidar doctrinariamente, de fondo y de manera clara y precisa, el tipo de relación jurídica que surge como consecuencia de las normas que permiten el funcionamiento de los hogares comunitarios.

Específicamente, era de esperar que, ante la arbitrariedad puesta de presente en los hechos materia de proceso, habría de resolver la Corte si el vínculo creado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o las comunidades que en su nombre instauran y sostienen tales hogares, por una parte, y las madres comunitarias, por la otra, es únicamente de naturaleza civil, con puros efectos de índole contractual entre partes iguales, o si, por el contrario, se trata de una verdadera relación laboral, con todas las consecuencias que ella apareja.

Prefirió la Corporación eludir todo examen material del problema, remitiendo su dictamen a los argumentos del juez de instancia y a lo dicho en sentencia anterior de una sala de revisión, sin profundizar en elementos tales como la continuada subordinación y dependencia de las madres comunitarias, su obligación de cumplir horario, su necesaria presencia en el hogar correspondiente, el sometimiento a instrucciones sobre el funcionamiento de aquél, la insistencia de una ínfima remuneración periódica inferior al salario mínimo legal, la prestación efectiva, cierta, constante y además exclusiva de un servicio personal, elementos todos ellos que, si se hubiese aplicado un criterio de prevalencia del Derecho sustancial, deberían haber llevado, en sana lógica y en desarrollo de la doctrina sentada por la Corte en otros casos (v.gr., en el de los maestros), a concluir que en realidad está de por medio el trabajo de un importante número de mujeres colombianas claramente discriminadas en relación con los demás trabajadores, y que inclusive -dado el nivel de sus únicos ingresos- ven comprometido su mínimo vital.

Por tanto, el interrogante que suscita la situación de la actora permanecerá todavía por mucho tiempo en el limbo, hasta que la propia ley lo defina o esta Corte, con mayor decisión que la ahora demostrada, proceda a examinarla a la luz de la Carta Política, con un criterio sustancial que extienda a ese importante sector de los trabajadores los fundamentos constitucionales que reconozcan a la relación que entablan con el Estado su innegable carácter laboral.

Será sólo entonces cuando el postulado de "primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales", proclamado por el artículo 53 de la Constitución Política -varias veces aplicado con fortuna en nuestra jurisprudencia constitucional- proyecte sus consecuencias a plenitud en las injustas circunstancias que afrontan las madres comunitarias.

No se nos escapan las dificultades presupuestales que para el Ejecutivo hubiera supuesto una definición como la que propiciamos, pero estimamos que es deber de la Corte, en defensa de los derechos fundamentales y de los postulados básicos del sistema jurídico y del Estado Social de Derecho, el de hacerlos explícitos sin entrar en consideraciones de conveniencia u oportunidad, que corresponden a otras autoridades.

La Corporación ha convertido en teórico, por lo menos en lo que a este tema respecta, el mandato del artículo 25 de la Carta, a cuyo tenor el trabajo goza, "en todas sus modalidades" de la especial protección del Estado. Y ha olvidado, por supuesto, que, de conformidad con el artículo 1 *ibidem*, el trabajo constituye fundamento esencial del Estado colombiano.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA SU-225
mayo 20 de 1998

DERECHOS FUNDAMENTALES-Alcance

Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos -directa o indirectamente- en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS-Especial protección constitucional

En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen. Pero la protección especial de los derechos fundamentales del menor no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de afrontar por sí solo. La Carta pretende promover un orden basado en los valores que orientan cualquier Estado civilizado: la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. No obstante, un orden tal de valores sólo es verdaderamente efectivo si los sujetos a quienes se orienta lo conocen y lo comparten. En este sentido, el constituyente quiso que las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las opiniones y creencias ajenas.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Conexidad con derechos fundamentales

DERECHOS PRESTACIONALES-Carácter de fundamentales por expreso mandato constitucional

DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER PRESTACIONAL-Doble contenido/**PRINCIPIOS DE APLICACIÓN INTEGRAL DE LA CONSTITUCION Y DE ARMONIZACION CONCRETA**-Aplicación

La alternativa de realizar una interpretación armónica del artículo 44 en relación con las restantes normas constitucionales y, en especial, con aquellas que consagran el

principio democrático, más cercana a los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho, supone que los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales. En criterio de la Corte, esta alternativa es la única que permite la aplicación simultánea de las distintas normas constitucionales pues, de una parte, obedece el mandato constitucional que otorga, sin excepción, el carácter de fundamentales a los derechos de los niños contenidos en el artículo 44 y, de otra, atiende a los imperativos insoslayables de todo Estado democrático de Derecho. En consecuencia, con sujeción a los principios de aplicación integral de la Constitución y de armonización concreta, es la doctrina que la Corporación debe prohijar.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Alcance

Del artículo 44 se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. No obstante, la armonización de esta norma con el principio democrático -que dispone que los órganos políticos son los encargados de definir las políticas tributarias y presupuestales- exige que sólo la parte del derecho que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas del menor-, lo que se ha denominado su núcleo esencial-, pueda ser directamente aplicada por el juez, mientras que es el legislador quien debe definir su completo alcance. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARACTER PRESTACIONAL-Aplicación directa del núcleo esencial/**NECESIDADES BASICAS INSATISFECHAS**-Relevancia constitucional

El juez constitucional es competente para aplicar directamente, en ausencia de prescripción legislativa, el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. En estos casos, debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor. Si se trata de asuntos que sólo pueden ser atendidos por el Estado - bien por su naturaleza, ora por que los restantes sujetos no se encuentran en capacidad de asumir la obligación - la autoridad pública comprometida, para liberarse de la respectiva responsabilidad, deberá demostrar (1) que, pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; (2) que la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la

competencia y están dispuestas a hacerla cumplir; (3) que, pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha.

GRUPOS DISCRIMINADOS O MARGINADOS-Adopción de medidas/**CLAUSULA DE ERRADICACION DE LAS INJUSTICIAS PRESENTES**-Deberes positivos del Estado

Según el artículo 13 de la C.P., el "Estado (...) adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados". Le corresponde al Legislador, en primer término, ordenar las políticas que considere más adecuadas para ofrecer a las personas que se encuentren en esa situación, medios que les permitan asumir el control de su propia existencia. Las leyes en este campo suelen imponer al Estado la asunción de prestaciones a su cargo. La miseria extrema, colocan a muchas personas por fuera del circuito económico. La escasa cobertura de los servicios del Estado, además, puede determinar, en este caso, que estos sujetos terminen por perder todo nexo significativo y valioso con la sociedad. Aquí se plantea a la sociedad y al Estado, el desafío constante de corregir la discriminación y la marginación, pues aunque en sí mismas puedan ser una derivación patológica de la organización existente, la Constitución las toma en cuenta sólo con el objeto de configurar una competencia enderezada a combatirlas. A juicio de la Corte Constitucional un mandato de erradicación de las injusticias presentes, sólo puede actualizarse en el tiempo y requiere de la puesta en obra de una vasta gama de acciones que, sin lugar a dudas, deben ser decididas por el Congreso y ejecutadas por la administración. Es importante, a este respecto, subrayar que la cláusula apela a la discrecionalidad de los órganos del poder sólo en el sentido de que éstos con base en los recursos disponibles y los medios que consideren más adecuados e idóneos, o sea dentro de lo que en cada momento histórico resulte posible, pueden encontrar para su tarea un espacio de libre configuración normativa y administrativa. Sin embargo, en cuanto a la prioridad y a la necesidad de que las medidas efectivamente se lleven a cabo, ningún órgano del poder puede declararse libre, pues, el mandato constitucional en estos aspectos ha limitado la competencia de los órganos constituidos al vincularlos a un función que en los términos de la Carta es perentoria.

DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL MINIMO VITAL

La doctrina del mínimo vital se refiere a una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la flagrante violación de un derecho humano que comprometa de manera radical la existencia misma de la persona, obliga al juez a impulsar la actuación positiva del Estado.

NECESIDAD BASICA INSATISFECHA DE UN GRUPO MARGINADO O DISCRIMINADO-Afectación del mínimo vital

CLAUSULA DE ERRADICACION DE LAS INJUSTICIAS PRESENTES-Verificación judicial sobre cumplimiento del mandato constitucional

Debe el juez agotar secuencialmente las siguientes etapas de análisis: (1) identificación de un grupo de personas discriminadas o marginadas; (2) demostración de la

existencia de una necesidad básica y de su falta de atención; (3) examen de los hechos y razones relativos a la respuesta dada por el Estado a la situación específica de marginación o discriminación; (4) calificación constitucional acerca del grado de cumplimiento histórico que en la situación concreta ha debido tener el mandato de erradicación de las injusticias presentes, atendidas las posibilidades legales y fácticas del momento.

GRUPOS MARGINADOS O DISCRIMINADOS-Ejecución estatal de programa de vacunación de meningitis

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Deficiente cobertura de servicio de vacunación

Referencia: Expediente T-140800.

Actor: Sandra Clemencia Pérez Calderón y otros.

Temas: Alcances del derecho fundamental a la salud de los niños.

Relevancia constitucional del concepto de necesidades básicas insatisfechas.

Cláusula de erradicación de las injusticias presentes, contenida en el artículo 13 de la Carta.

Desarrollo de la teoría del derecho al mínimo vital.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela T-140800 adelantado por Sandra Clemencia Pérez Calderón y otros contra el Ministerio de Salud y la Alcaldía de Santa Fe de Bogotá, D.C. -Secretaría Distrital de Salud-.

ANTECEDENTES

1. Cuatrocientos dieciocho (418) padres de familia, en nombre y representación de sus hijos menores de edad, por intermedio de la Fundación para la Defensa del Interés Público -Fundepúblico-, entablaron acción de tutela contra el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá, D. C., ante el Juzgado 12 de Familia de Santa Fe de Bogotá, D.C. A juicio de los actores, las mencionadas autoridades públicas vulneraron los derechos fundamentales a la vida (C.P., artículo 11), a la salud (C.P., artículos 44 y 49) y a la seguridad social (C.P., artículo 48) de sus hijos, al no suministrarles, en forma gratuita, la vacuna contra los virus que producen las enfermedades conocidas como meningitis *Meningococcica* y meningitis por *Haemophilus Influenzae*.

El representante judicial de los actores manifestó que, en su mayoría, se trata de madres cabeza de familia o de trabajadores del sector informal, residentes en la localidad de Puente

Aranda, Santa Fe de Bogotá, D. C., que carecen de los recursos suficientes para sufragar la atención en salud que requieren sus hijos menores de edad y tampoco se encuentran vinculados a alguna institución prestadora del servicio público de seguridad social. Informó que, como se trata en su mayoría de trabajadores del sector informal de la economía, están obligados a dejar a sus hijos al cuidado de hogares comunitarios de bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, en donde las condiciones de atención y salubridad son bastante precarias, en razón del gran número de niños que deben atender. Señaló que el hacinamiento y el contacto permanente de unos menores con otros, aumentan el riesgo de que éstos contraigan los virus causantes de la meningitis.

Por otra parte, el apoderado indicó que esta enfermedad se manifiesta, fundamentalmente, en dos variedades: la meningitis *Meningococcica* y meningitis por *Haemophilus Influenzae*. La primera, se transmite por el contacto directo con las secreciones de las vías nasales y faríngeas y ataca, principalmente, a niños de muy corta edad y adultos jóvenes. Los síntomas consisten en fiebre, cefalea intensa, nauseas, vómito, rigidez en la nuca y, en ocasiones, petequias. Han podido observarse casos de meningococcemias fulminantes en las cuales la tasa de letalidad es elevada. Por otra parte, la meningitis por *Haemophilus Influenzae*, se transmite a través de las secreciones nasofaríngeas infectadas y se caracteriza por atacar a los niños cuya edad oscila entre los 2 meses y los 3 años, siendo poco común en niños mayores de 5 años. La sintomatología de la enfermedad consiste en fiebre, vómito, letargia, irritación meníngea y rigidez en la nuca y la espalda. Esta enfermedad presenta una alta tasa de letalidad y puede dejar secuelas como sordera, trastornos del lenguaje, retardo mental y trastornos del comportamiento. Los estudios científicos a este respecto indican que la aparición de ambas manifestaciones de la meningitis resulta favorecida por condiciones de hacinamiento y pobreza.

El representante de Fundepúblico señaló que los actores, conscientes de la situación de riesgo en que se encontraban sus hijos, realizaron, por intermedio del Centro Zonal del ICBF localizado en Puente Aranda, una serie de gestiones dirigidas a que la Secretaría Distrital de Salud u otra entidad estatal les suministrara a los menores la vacuna contra la meningitis. El 2 de julio de 1997, la Secretaría Distrital de Salud dio respuesta a la petición de los actores informándoles los costos de la vacuna y los lugares en los cuales ésta era aplicada. Con posterioridad, en una teleconferencia, la Ministra de Salud respondió a una madre comunitaria que "el Ministerio está asumiendo los costos de la vacuna en zonas deprimidas epidémicas" y que "el año entrante (1998) la vacuna contra la meningitis formará parte del Programa Ampliado de Inmunización (PAI)". Sin embargo, la funcionaria recalcó que, "a la fecha, ninguna autoridad ni del orden nacional, departamental o distrital ha tomado las previsiones necesarias para garantizar los servicios de vacunación y prevención en contra de la meningitis y el llamado Plan Ampliado de Inmunización no ha sido implementado".

El representante judicial de los actores manifestó que éstos no están en capacidad de sufragar los costos de la vacuna contra la meningitis, que oscilan entre los 20.000 y los 28.000 pesos. Lo anterior, junto con la situación de alto riesgo en que se encuentran los menores amenazan sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social. Puso de presente, además, que los riesgos han aumentado, como quiera que han surgido brotes de meningitis en otras zonas del país, como Ibagué (Tolima) y El Banco (Magdalena), que han cobrado la vida de varios niños. Señaló que, pese a esta situación, "ni la Secretaría de Salud de Santa Fe de Bogotá D. C., ni el Ministerio de Salud han tomado las medidas necesarias para que los menores de edad (...) tengan acceso gratuito a la vacuna contra la meningitis".

Considera el apoderado judicial, que las autoridades demandadas, al no suministrar gratuitamente las vacunas que requieren los hijos de sus poderdantes han vulnerado los derechos fundamentales de los menores, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Así mismo, indicó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, son derechos fundamentales que prevalecen sobre los de los demás y que pueden ser protegidos en forma directa a través de la acción de tutela.

Por último, manifestó que, conforme a los principios y derechos constitucionales, "no puede permitirse que un grupo de niños de escasos recursos económicos que se encuentran en un estado de extrema necesidad y cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás, vean amenazadas sus vidas y su salud debido a la falta de atención mínima que les deben las autoridades".

Pruebas solicitadas por el juez de instancia

2. Las autoridades públicas demandadas y otras entidades remitieron al juzgado de tutela la información que se sintetiza a continuación.

2.1. El Ministerio de Salud informó que los servicios de prevención, promoción y atención de la salud son prestados, de manera descentralizada, a través de los servicios, direcciones o secretarías departamentales, municipales o distritales de salud. Por este motivo, si en el sector de Puente Aranda de la ciudad de Santa Fe de Bogotá existe un foco epidemiológico de meningitis, su control corresponde a la Secretaría Distrital de Salud. Sin embargo, el Ministerio manifestó su disposición para coordinar cualquier acción dirigida a "superar la situación coyuntural que lo amerite".

Por otra parte, el Ministerio de Salud indicó que, en la actualidad, la vacuna contra la meningitis "no se encuentra incluida dentro del esquema único de vacunación para Colombia" y que ésta sólo se suministra, en forma focalizada, a grupos vulnerables y según el riesgo epidemiológico". Puso de presente que, en las zonas de alto riesgo epidemiológico, la vacuna es aplicada a niños entre los 5 y 14 años y suministrada en forma gratuita por el Ministerio, a través de los servicios seccionales y distritales de salud. Agregó que las familias que habitan zonas no consideradas como de alto riesgo pueden acceder a la vacuna a través de las EPS y otras instituciones públicas o privadas de salud que la suministran con algún costo.

Por último, el Ministerio manifestó que las familias de la zona de Puente Aranda no han solicitado a esta entidad ninguna clase de apoyo e informó que la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá, durante 1996, había vacunado contra la meningitis, en forma gratuita, a los niños entre los 5 y 14 años concentrados en algunos albergues de la ciudad capital.

2.2. La Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá, D. C., informó al juez de tutela que "en el plan de acción del programa nacional no se contempla la vacunación para la meningitis por *Haemophilus Influenzae*, por cuanto no se dispone de presupuesto para la compra de dicha vacuna, sin embargo en este momento al interior de la Secretaría de Salud, se está haciendo la adquisición de un número determinado de dosis con el fin de atender la presencia eventual de brotes y sus contactos". De igual modo, puso en conocimiento del juzgado que algunas instituciones públicas suministran la vacuna a costos que oscilan entre los 17.000 y los 25.000 pesos. Señaló que, en razón de la importancia de esta vacuna para la protección de la salud infantil, se están adelantando gestiones con el fin de garantizar su aplicación a los niños menores de un año durante el año de 1998.

En relación con la meningitis *Meningococcica*, la Secretaría de Salud adjuntó un documento en el cual tanto esta entidad como el Ministerio de Salud recomiendan al público que

la vacuna contra la mencionada modalidad de la meningitis sea aplicada a niños mayores de 4 años, como quiera que su efectividad no ha sido comprobada en niños menores de esta edad. Anotó que, de presentarse un caso de este tipo de meningitis debe iniciarse "quimioprofilaxis a los contactos, considerada esta como la medida más efectiva para cortar la cadena de *transmisión* y prevenir la presentación de nuevos casos".

2.3. El Director de Salud y Bienestar de la Cruz Roja Colombiana informó al juzgado de tutela que esa entidad, a través de la Seccional Cundinamarca y Santa Fe de Bogotá, D. C., tiene a disposición de la comunidad las vacunas contra la meningitis en sus dos modalidades a un costo de 28.500 pesos por cada dosis.

2.4. Por último, el Director del Hospital Trinidad Galán manifestó que esa institución, a través de las Unidades Primarias de Atención -UPAS-, está en capacidad de prestar el servicio de vacunación masiva a los niños, en forma gratuita o con algún costo, según la vacuna de que se trate.

En el caso de la vacuna contra la meningitis por *Haemophilus Influenzae*, informó que ésta se aplica en forma individual a los menores de 5 años a un costo de 22.000 pesos por dosis, como quiera que no se encuentra dentro del esquema de inmunización del Ministerio de Salud que comprende las vacunas que se administran en forma masiva y gratuita.

Providencia de instancia

3. Por providencia de julio 17 de 1997, el Juzgado 12 de Familia de Santa Fe de Bogotá, D. C., tuteló los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social de los hijos de los demandantes y ordenó al Ministerio de Salud y a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá D.C. que, en el término de 48 horas, "se apersonen de la situación que se ha planteado respecto de la población infantil de la zona de Puente Aranda de esta ciudad, disponiendo lo necesario para que de inmediato se procese el estudio pertinente que conlleve a que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis".

En opinión del juez de tutela, el problema que debía resolverse en el caso sometido a su conocimiento consistía en determinar si, a la luz de la Constitución Política, era pertinente disponer la vacunación masiva y gratuita de los hijos de los actores. Para resolver este interrogante, el fallador estimó que, el Estatuto Fundamental, en concordancia con los tratados internacionales, obliga al Estado a proteger los derechos fundamentales de los niños (C.P., artículo 44), dentro de los cuales se encuentra incluido el derecho a la salud. Indicó que se trata de "una situación que implica un inminente peligro de riesgo de mortalidad y enfermedad sobre un gran número de población infantil, ubicada en la ciudad del Distrito Capital, como lo es la meningitis enfermedad que requiere de la atención inmediata y pertinente para no tener graves consecuencias como secuelas insaneables o irreparables e incluso la misma muerte; es decir, que para proteger los derechos de los niños en la forma que la misma Corte Constitucional lo ha sido, se hace menester que la familia en comienzo y el Estado en subsidio entren a satisfacer las necesidades de aquellos". En consecuencia, si los actores "no están en condiciones económicas para cubrir los costos que implica acceder a la aplicación de la vacuna contra la meningitis, (...) y no tener acceso a una EPS por no encontrarse la mayoría de los padres (...) afiliados a tal prestación de salud, les queda imposible adquirir la vacuna, lo que significa que al estar las familias tutelantes en tal situación, debe entonces entrar a aplicarse todo lo argüido en este proveído, convenciones

internacionales y posiciones del Gobierno, en el sentido que debe entrar el Estado a garantizar la salud de los menores, por ello, téngase que acceder a la tutela planteada, ordenando que se proceda al suministro gratuito de las vacunas contra la meningitis, por parte del Estado". Sin embargo, precisó que, en forma previa a la aplicación de las vacunas, las autoridades demandadas deberían analizar el caso concreto de cada menor con el fin de que la dosis administrada fuera la adecuada para reducir al mínimo el riesgo de adquirir la enfermedad.

4. La anterior decisión fue enviada a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, por insistencia del Defensor del Pueblo y de la apoderada de los actores, fue seleccionada, correspondiendo a esta Sala su conocimiento.

Los insistentes consideraron que se hace necesario unificar la doctrina constitucional a fin de establecer cuál es el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de los niños en situaciones similares a las que suscitaron el presente caso.

Por otra parte, anotaron que la unificación jurisprudencial en estas materias "podría servir también de instrumento pedagógico frente a todas las autoridades públicas encargadas de la prestación del servicio público de salud a nivel nacional, para que en situaciones idénticas a la planteada se tuvieran que abstener de omitir el deber de prevenir la presencia de enfermedades graves, como la meningitis, en la población infantil colombiana eventualmente expuesta". Agregaron que tal unificación "contribuiría para que el Gobierno nacional pudiera impulsar y promover a nivel nacional una campaña masiva de vacunación contra esta enfermedad y evitar así la congestión de los despachos judiciales, por la proliferación de tutelas que muchos padres, muy seguramente promoverían, si persistiera la negativa de vacunación de sus hijos".

Pruebas solicitadas por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional

5. La Sala Tercera de Revisión, entendió que era necesario practicar una serie de pruebas adicionales para aclarar aspectos relacionados con la enfermedad denominada meningitis y su incidencia en la salud de los menores actores.

Ministerio de Salud y Secretaría Distrital de Salud

La Sala ordenó a la Ministra de Salud y a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá, D. C., que informaran a la Corte sobre lo siguiente: (1) cuáles son los criterios para definir las vacunas que deben ser aplicadas en forma obligatoria y gratuita; (2) si las vacunas contra la meningitis son actualmente aplicadas a los niños en forma obligatoria y gratuita; (3) con base en qué criterios se define que una determinada zona o grupo humano es de alto riesgo endemoepidémico en relación con la meningitis; (4) a quién corresponde definir las "enfermedades de notificación obligatoria semanal" y la enfermedades sometidas a vigilancia intensificada; (5) con base en qué criterios se determina que una enfermedad debe ser de "notificación obligatoria semanal" o sometida a vigilancia intensificada; (6) si la meningitis hace parte del grupo de "enfermedades de notificación obligatoria semanal" o está sometida a vigilancia intensificada; (7) cómo influyen las condiciones de hacinamiento, falta de higiene, pobreza, desnutrición o inasistencia médica en el riesgo endemoepidémico relativo a la meningitis; (8) qué porcentaje de la población infantil colombiana y del Distrito Capital se encuentra vacunado contra la meningitis; (9) cómo se dio cumplimiento a la sentencia de julio 17 de 1997 proferida por el Juzgado 12 de Familia de Santa Fe de Bogotá, D. C., en el proceso de tutela entablado por Fundepúblico contra el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá, D.C.; (10) si la vacuna contra la meningitis se encuentra incluida dentro del Plan Ampliado de Inmunización; (11) quién diseña - y con que criterios - el mencionado Plan; (12) a quién corresponde implementarlo? En la actualidad, ¿se encuentra implementado? Sino, ¿Por qué razones?

6. En su escrito de respuesta la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud contestó la mayoría de los interrogantes formulados por la Corte. Sin embargo, algunos de los aspectos cuestionados dejaron de ser respondidos y otros lo fueron sólo parcialmente. Así por ejemplo, a pesar de que existen distintos tipos de meningitis bacterianas (dos de los cuales se mencionan en la acción de tutela estudiada), el escrito en su mayoría se refiere sólo a uno de ellos (la meningitis meningocóccica); adicionalmente, deja de responder cuestiones fundamentales, como el porcentaje de la población vacunado contra estas enfermedades o los criterios para definir las vacunas que deben ser aplicadas en forma gratuita y obligatoria.

Según el documento mencionado, las vacunas contra la meningitis no se aplican en la actualidad en forma gratuita y obligatoria. No obstante, la vacuna contra la Meningitis *Meningococcica* hace parte del Plan Ampliado de Inmunización del Ministerio. Sin embargo, la respectiva vacuna "sólo está incluida para zonas consideradas de alto riesgo y en mayores de 5 años, porque en menores de 4 años, la vacuna no es eficaz". Adicionalmente la Meningitis *Meningococcica* hace parte de las enfermedades que se monitoréan a través del "Sistema Alerta Acción", a través del cuál se informa semanalmente, "todos los eventos prioritarios de obligatoria notificación".

En el escrito se manifiesta que los limitados eventos que hacen parte del SAA se seleccionan atendiendo a los siguientes criterios:

* Enfermedades y muertes de alta importancia a nivel de salud pública en el territorio nacional de acuerdo con su magnitud y severidad.

* Eventos cuya evolución epidemiológica requiere actividades de prevención y de control inmediatas por su potencial epidémico

* Eventos cuyas acciones de prevención y control han demostrado ser eficaces

* Enfermedades y muertes cuya notificación constituye un compromiso internacional

* Eventos cuya ocurrencia se circunscribe en tiempo y lugar y que crea potencialmente situaciones de emergencia comunitaria u hospitalaria

Anota el documento que "entre los eventos que cumplen dichos requisitos se realizó una priorización y se escogió un número limitado, entre los que se encuentra la Meningitis Meningocóccica".

Sin embargo, pese a que otro tipo de meningitis bacterianas, como la producida por *Haemophilus Influenzae*, puede tener los mismos efectos que la Meningitis *Meningococcica,* nada dice el documento en mención sobre las razones por las cuales la respectiva vacuna no se incluye en el Plan Ampliado de Inmunización.

Por último, cabe anotar que el escrito referido sostiene que "las condiciones de hacinamiento, falta de higiene, pobreza, desnutrición, están directamente relacionadas con enfermedades infecciosas como la meningitis".

7. A su turno la Secretaria Distrital de Salud, informó a la Sala que las vacunas que se aplican de manera gratuita y obligatoria, se encuentran en el Sistema Único de Vacunación, el que resulta definido por el Ministerio de Salud, con base en los siguientes tres criterios: (1) comportamiento epidemiológico de la enfermedad y su impacto en la salud pública, particularmente en la población infantil; (2) políticas de salud establecidas a nivel internacional; (3) aquellas que demuestren ser costo - efectivas para el sector salud, vale decir que los recursos invertidos logren un impacto importante sobre la salud de los individuos y que, adicionalmente, disminuya los costos de tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

Detalla los criterios con fundamento en los cuales el Ministerio de Salud define las enfermedades de notificación semanal obligatoria (ver *supra*), aclarando que la Meningitis por *Haemophilus Influenzae*, así como la Meningitis *Meningococcica* hacen parte de los mencionados eventos de vigilancia intensificada.

En su escrito la servidora pública informa a la Corte que existen factores de riesgo asociados a las enfermedades mencionadas, como el hacinamiento, las guarderías, "y factores socio - económicos reflejados en las condiciones de vida (malnutrición y dificultad o carencia de acceso a la atención médica)".

Manifiesta que la orden del juez de primera instancia dio lugar a un proceso de vacunación con *Haemophilus Influenzae* de los primeros 270 menores, para lo cual la Secretaría de Salud dispuso el biológico respectivo, el que consiste en "un lote que la institución adquirió con el propósito de realizar acciones de vigilancia y control epidemiológico en grupos humanos vulnerables de alta incidencia".

Resumen de las medidas adoptadas por las entidades de salud para controlar o evitar la meningitis bacteriana en grupos de riesgo

8. Según los escritos remitidos a esta Corporación por el Ministerio de Salud y la Secretaría de Salud del Distrito, las meningitis *Meningococcica* y por *Haemophilus Influenzae*, son enfermedades especialmente graves, razón por la cual se monitoréan a través del "Sistema Alerta Acción", mediante el cuál se informa semanalmente, "todos los eventos prioritarios de obligatoria notificación".

No obstante, en el momento en el que se instauró la acción de tutela, la vacunación para prevenir las mencionadas enfermedades no hacía parte de los planes de vacunación gratuita y obligatoria, definidos por el Ministerio de Salud. Por lo tanto, las vacunas debían ser sufragadas integralmente por las personas interesadas, salvo que se encontraran afiliadas al sistema general de salud, el que, como se verá adelante, puede asumir total o parcialmente el respectivo costo.

Pese a lo anterior, se informa que la vacuna contra la meningitis *Meningococcica* forma parte del programa ampliado de inmunización (PAI) y se aplica a los niños de 5 a 14 años residentes en zonas consideradas como endemo - epidemicas[1]. Ahora bien, de los informes enviados a la Corte no parece que existan estudios que permitan definir con claridad si una determinada zona puede ser endemo - epidémica, como tampoco certeza sobre la aplicación efectiva del mencionado PAI. Cabe indicar que la Corte formuló al Ministerio concretamente una pregunta sobre la implementación efectiva del programa, a lo cuál el Ministerio dejó de contestar.

Por su parte, en documento remitido al expediente, la secretaría de Salud informa que, confirmada la presentación de una serie de casos de meningitis en la Ciudad Capital, dicha entidad adelantó vacunación durante los meses de enero y febrero contra la meningitis *Meningococcica* serogrupo B y C, "focalizada a grupos de alto riesgo en comunidades cerradas tales como población carcelaria, de militares y de niños de cinco a catorce años institucionalizados en albergues", todo ello, pese a que, según informa, "Santa Fe de Bogotá no es una región endemoepidémica".

En cuanto respecta a la vacuna contra la *Haemophilus Influenzae*, mediante acuerdo No 71 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), se destinó un porcentaje de los recursos excedentes de la Subcuenta de Promoción del Fosyga, para cofinanciar, entre las

---

[1] Esquema oficial del Ministerio de Salud, publicado en la circular 0017 de julio 30 de 1997.

entidades públicas, las EPS y las ARS, la vacunación de la población menor de un año afiliada al Sistema General de seguridad Social en Salud. Las EPS deberán realizar esta acción de prevención antes del 31 de julio de 1998. Sin embargo, dicho programa de vacunación no cubre a la población que se encuentra simplemente *vinculada* al Sistema General de Salud.

En este sentido cabe mencionar que la Secretaría de Salud del Distrito Capital, remitió al expediente un documento en el cual informa que está adquiriendo un numero determinado de dosis de esta última vacuna, con el fin de atender la presencia eventual de brotes y sus contactos. Igualmente, indica que se encuentra realizando "esfuerzos" con el fin de garantizar su aplicación a los niños menores de un año en el Distrito Capital para 1998.

Sin embargo, no fueron remitidos a la Corporación datos sobre investigaciones confiables a nivel nacional relativos al impacto y la localización de la enfermedad (datos cuantitativos sobre la incidencia de la enfermedad, zonas de mayor susceptibilidad etc.), los porcentajes de la población vacunada, las tasas de letalidad y la incidencia epidemiológica o la relación costo-efectividad de las vacunas existentes en el mercado. Tampoco se informa sobre eventuales gestiones para obtener fondos adicionales que sirvan para hacerle frente a la enfermedad, como, por ejemplo, eventuales negociaciones con organismos internacionales (como el Fondo Rotatorio de la OPS) para la compra conjunta de vacunas. Por último, quedó establecido que no existen estudios sobre las distintas estrategias de vacunación, tales como el uso de dosis reducidas o el número reducido de dosis.

Concepto de Unicef

9. La Sala solicito al representante de Unicef Colombia que, dentro de sus posibilidades, respondiera los siguientes interrogantes: (1) ¿Cuál es la posición de las entidades internacionales de protección de la niñez en torno a las políticas nacionales de prevención y control de la enfermedad denominada meningitis? ¿Cuál es la incidencia de esta enfermedad en la salud pública de la niñez colombiana? ¿Cuál es su tasa de letalidad?; (2) ¿Qué políticas o recomendaciones internacionales existen en la actualidad en relación con los esquemas nacionales de vacunación infantil gratuita y obligatoria? ¿Con base en qué criterios debe incluirse una determinada vacuna dentro de los esquemas nacionales de vacunación infantil gratuita y obligatoria?; (3) ¿Existe actualmente alguna recomendación o informe de las entidades internacionales de protección de la niñez relativo a los esquemas de vacunación infantil en Colombia?; (4) ¿Existe en la actualidad algún programa de ayuda internacional para los países endemoepidémicos en materia de meningitis? De existir, ¿Ha sido Colombia incluida en esos programas? De no haber sido incluida, ¿Por qué razón?.

10. En su debida oportunidad, Cecilio Adorna, representante de Unicef Colombia, envió un escrito de respuesta al cuestionario formulado. En el mencionado documento, se indica que la meningitis bacteriana se manifiesta fundamentalmente en dos variedades: Meningitis *Meningococcica* y la Meningitis por *Haemophilus influenzae,* y para los dos tipos existen vacunas en el mercado. Sin embargo, añade que la vacuna contra la Meningitis *Meningococcica* no se recomienda a menores de cinco años por su baja eficiencia. En estos casos, sólo se recomienda en grupos concentrados de alto riesgo de zonas endemoepidémicas.

En cuanto la vacuna contra la meningitis por *Haemophilus influenzae* tipo B (HIB), informa a la Corte que la duodécima reunión del Grupo Técnico Asesor de la Organización Panamericana de la Salud sobre enfermedades prevenibles por vacunación, que tuvo lugar en Ciudad de Guatemala, Guatemala, en septiembre de 1997 concluyó:

"La vacuna es segura, eficaz y ha tenido un enorme impacto en países industrializados en la incidencia de la enfermedad por Hib, particularmente en meningitis y epiglotitis. Efectos similares han sido observados en otros países de la Región (ej: Uruguay y Chile) que han introducido esta vacuna en sus programas nacionales de inmunización. Es posible que se observe un gran impacto en las neumonías en países en desarrollo, ya que Hib es un importante agente infeccioso en las neumonías en niños. En la actualidad el costo de la vacuna Hib es un impedimento para su introducción. Se espera que el aumento en la demanda de los países produzca una reducción de los precios".

Adicionalmente, comunica a la Sala que el citado Grupo Técnico Asesor, hizo las siguientes observaciones:

**Se recomienda la introducción de la vacuna contra la Hib en los programas nacionales de inmunización, siempre y cuando se identifiquen fondos adicionales. La implementación de Hib no debe desviar recursos necesarios para el sostenimiento y fortalecimiento de los esfuerzos de inmunización existentes.*

**Datos cuantitativos de buena calidad sobre la incidencia de la enfermedad de Hib en la Región no están disponibles, particularmente en las enfermedades respiratorias. Se recomienda el establecimiento de un sistema de vigilancia bien estructurado, a fin de monitorear la enfermedad causada por Hib y demostrar el impacto de la vacuna.*

**El uso del Fondo Rotatorio de la OPS para la compra conjunta de vacunas facilita las negociaciones para obtener mejores precios.*

**Es importante que se haga una cuidadosa evaluación de otras estrategias de vacunación, tales como el uso de dosis reducidas o el número reducido de dosis".*

Añade que, en cuanto se refiere a la meningitis bacteriana, la tasa de letalidad depende de la oportunidad del diagnóstico y de la atención médica, ya que su tratamiento es a base de antibióticos.

Indica que "Según el ***Programa Ampliado de Inmunización en las Américas PAI*** (Boletín de diciembre de 1996), antes de introducir vacunas nuevas en un programa nacional de vacunación hay que realizar una investigación pormenorizada de la pertinencia epidemiológica de la vacuna y, si es posible, comprobar que la introducción de la vacuna en el programa de vacunación representará un uso eficaz de los recursos en función del costo. Una vez que se efectúe tal comprobación y que se obtengan los recursos necesarios, se debe elaborar un plan de introducción e implementación".

A este respecto, informa que "La Organización Mundial de la Salud, a través de la Organización Panamericana de la Salud, tiene un Programa especial para vacunas e inmunización (SVI) que se desarrolla en la región. En el informe del Grupo Técnico en la duodécima reunión que tuvo lugar en Guatemala, Guatemala, del 8 al 12 de septiembre de 1997 se expresa:

"La inmunización es ampliamente reconocida como una de las medidas preventivas de mayor costo-efectividad. En las Américas, este impacto ha quedado demostrado por la erradicación de la poliomielitis en 1991, la interrupción de la transmisión del sarampión en la mayoría de los países de la Región, así como en la marcada reducción de la morbilidad por tétanos neonatal... Es importante que los Ministerios de Salud asignen alta prioridad a la plena implementación de programas de inmunización y que aseguren que los recursos adecuados sean dirigidos a dichos programas. Asimismo, es indispensable que las agencias internacionales continúen prestando su apoyo a los programas nacionales de vacunación".

Por último, indica que: "La incidencia de enfermedades graves causadas por Haemophilus influenzae tipo b (HIB) ha disminuido enormemente en los países que han introducido la vacuna conjugada contra esta infección. A pesar de que este agente patógeno ha sido asociado principalmente a la meningitis, los resultados obtenidos recientemente con el uso de la vacuna han demostrado que la incidencia de *H. Influenzae* puede ser diez veces mayor en las enfermedades respiratorias agudas. En varios países de las Américas se está incorporando la vacuna Hib en los programas de vacunación, pero el costo elevado de la vacuna está frenando la vacunación de todos los niños y se está buscando otras estrategias de vacunación acordes con la situación de cada país. El Programa Especial para Vacunas e Inmunización está promoviendo la introducción de la vacuna Hib en la Región, poniendo de relieve la importancia de instituir un sistema de vigilancia adecuado que facilite la evaluación del efecto de la vacuna".

Consulta a expertos

11. La Sala solicitó a la Asociación Colombiana de Pediatría y a los decanos de las facultades de medicina de las universidades Nacional de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario que, como coordinadores de instituciones expertas en la materia, ilustraran a la Corporación sobre los siguientes interrogantes: (1) ¿En qué consiste la enfermedad denominada meningitis, cuáles son sus modalidades, cómo se transmite, cuáles son sus síntomas, sus posibles secuelas, su tasa de letalidad y cuál el tratamiento apropiado para tratarla?; (2) ¿Qué tipo de condiciones propician la aparición o el contagio de la meningitis? ¿Cómo inciden las condiciones de hacinamiento, falta de higiene, desnutrición, pobreza y falta de atención médica oportuna en la aparición, propagación o contagio de esa enfermedad?; (3) ¿Cuáles son las poblaciones colombianas en mayor riesgo de adquirir la meningitis?; (4) ¿Qué tipo de medidas preventivas pueden adoptar las autoridades de salud pública para evitar la aparición de esta enfermedad?.

12. El representante de la Asociación Colombiana de Pediatría, envió a la sala un estudio elaborado en agosto de 1997 por los Drs. Enrique Gutiérrez y Cristina Mariño, de la Universidad Militar "Nueva Granada", que responde los interrogantes planteados. A su turno, los Drs. Jorge Mauricio Palau Castaño, de la Universidad Nacional de Colombia, Paulo Vega Mateus, del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y, Juan Manuel Lozano, de la Pontificia Universidad Javeriana, a solicitud de los respectivos decanos y de manera oportuna y completa, dieron respuesta a los interrogantes formulados por la Corte. En adelante se exponen los apartes más destacados de las respectivas intervenciones.

Características de la meningitis

13. En general, los médicos consultados indican que "el término meningitis se refiere a la inflamación de las meninges (membranas que recubren el cerebro y la médula espinal). La proximidad inmediata de las meninges al cerebro y el que la inflamación se presente en un espacio rígido, limitado por huesos del cráneo, hace que esta condición, en general, sea una enfermedad grave, con una mortalidad significativa y con secuelas frecuentes entre aquellos que sobreviven"[2].

Adicionalmente, aclaran los galenos que la meningitis puede tener varias etiologías (infecciosa, traumática, química, postquirúrgica, neoplástica o tumoral, vascular e inmunológica)[3]. No obstante, los tipos de meningitis de que trata la acción de tutela estudiada,

---

[2] Documento elaborado por el Doctor Juan Manuel Lozano.

[3] Documento elaborado por el Doctor Jorge Mauricio Palau Castaño.

se clasifican dentro de las meningitis infecciosas, causadas por bacterias (H. influenzae y N. meningitidis), denominadas también, meningitis bacterianas.

Se advierte que la meningitis bacteriana sigue siendo la más grave de las infecciones del SNC (sistema nervioso central) en niños, especialmente, en los países en vías de desarrollo[4]. Señalan que la ausencia de investigaciones rigurosas de cobertura nacional hace difícil evaluar en el país la verdadera frecuencia del problema, pero se indica que en un estudio realizado se encontró que "el 1% de 1208 egresos del hospital de la Misericordia en Bogotá, tenía diagnostico de meningitis bacteriana. Con una incidencia de 61 casos x 1000 consultas."[5] Adicionalmente, en una investigación elaborada en la ciudad de Cali se registró que "el 2% de los egresos pediátricos del Hospital Universitario del Valle, tuvieron diagnóstico de meningitis bacteriana."[6] En suma, a pesar de que no existen datos confiables sobre la incidencia de la enfermedad en la población infantil, puede verificarse que su ocurrencia no es meramente eventual.

Factores de riesgo

14. Los estudios coinciden en indicar que existen factores definidos que aumentan las posibilidades de padecer la enfermedad. Así por ejemplo, se señala que "hay una mayor incidencia de la enfermedad en niños de bajas condiciones socioecónomicas, por el hacinamiento en que viven, igualmente, hay una mayor incidencia entre quienes asisten a guarderías."[7]

La meningitis infecciosa se presenta con mayor frecuencia en niños entre 3 meses y 5 años de edad, que asisten a instituciones de atención y cuidado, como las guarderías, los hogares comunitarios y albergues, entre otros, en los que se facilita la diseminación de los agentes causales[8]. Dado que la enfermedad se transmite a través del contacto con secreciones nasofaríngeas infectadas, el hacinamiento y el menor grado de higiene son factores determinantes para que "personas enfermas transmitan con mayor eficiencia la enfermedad."[9]

El estado nutricional, la pobreza y el hacinamiento, constituyen factores de riesgo, especialmente cuando la enfermedad es producida por *Haemophilus Influenzae* tipo b. Respecto de la desnutrición, se advierte que "causa alteración y degradación del sistema inmunológico de los pacientes, con mayor cantidad y peor gravedad de las enfermedades infecciosas[10].

Respecto de los factores socioeconómicos mencionados, como la pobreza, se destaca que "ejerce efectos de diferentes maneras, pues se puede asociar a desnutrición, hacinamiento, escasa atención por parte de los familiares, menor y tardía atención por parte de los sistemas de salud, incomprensión sobre la necesidad del tratamiento y probablemente falta de cumplimiento del mismo."[11]

---

[4] Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[5] Estudio de Alvarez Palau (1997), citado en el Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[6] Estudio de López, Levi y Velasco (1994), citado en el Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[7] Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[8] Documento elaborado por el Doctor Jorge Mauricio Palau Castaño.

[9] Documento elaborado por el Doctor Paulo Vega Mateus

[10] Documento elaborado por el Doctor Paulo Vega Mateus

[11] Documento elaborado por el Doctor Paulo Vega Mateus.

En general se subraya que "todos los **factores ambientales** que aumenten el riesgo de propagación de los agentes causales ya mencionados entre los individuos aumentan el riesgo de la enfermedad: 1) en general la meningitis bacteriana es más frecuente en la ciudades que en las zonas rurales; 2) estudios en los Estados Unidos sugieren que la mayor frecuencia de la enfermedad observada en los individuos de raza negra respecto a los blancos no es debida a factores raciales sino a las peores condiciones socioeconómicas de los primeros respecto a los segundos; 3) la enfermedad producida por algunas de las bacterias mencionadas antes (H. influenzae y N. meningitidis) se puede diseminar de un afectado a sus contactos tanto dentro del hogar como fuera del mismo, especialmente en guarderías, escuelas y hospitales; sin embargo, la asociación entre la enfermedad y el hacinamiento no es completamente clara, pues los resultados de diversos estudios han sido contradictorios; 4) por último, a lo largo de los años se observan variaciones en la frecuencia y el tipo de agentes que producen enfermedad en diversos sitios geográficos, sin que puedan identificarse los factores responsables de estas variaciones."[12]

En resumen, se indica que "la enfermedad es más frecuente en los niños pequeños, en sujetos con enfermedades que comprometan su capacidad para defenderse de las infecciones y en poblaciones menos favorecidas desde el punto de vista social."[13]

Posibles secuelas y tasa de mortalidad

15. Los expertos coinciden en afirmar que "las meningitis bacterianas son enfermedades devastadoras".[14] Al respecto, se afirma que "la Morbilidad y secuelas de la enfermedad siguen siendo inusualmente altas, debido a que el tratamiento antibiótico tiene poco efecto sobre los eventos fisiopatológicos responsables de la evolución y secuelas."[15]

Los expertos expresan que "dado el potencial de mortalidad y morbilidad neurológica es importante instaurar la terapia antimicrobiana tan pronto como sea posible."[16] Pero añaden que, incluso habiendo practicado una terapia adecuada y oportuna, la mayoría de los niños afectados con la enfermedad presentan secuelas neurológicas.

Ahora bien, anotan que resulta fundamental la atención médica oportuna para evitar mayores lesiones o secuelas. En efecto, según los expertos consultados, "Es claro que la atención médica oportuna es fundamental para detectar la enfermedad e iniciar su tratamiento de forma temprana. En las páginas precedentes se mencionó que el pronóstico de la enfermedad empeora mientras más tarde se instaure una terapia apropiada. En otras palabras, si bien no se puede garantizar que la atención médica oportuna cambie la frecuencia de la enfermedad si es decisiva para modificar su curso una vez el individuo la adquiere."[17]

Según los expertos, la falta de atención médica oportuna puede tener lugar en la medida en que en los neonatos y en los niños pequeños resulta francamente difícil realizar un diagnóstico seguro, pues los signos y síntomas de la enfermedad, no son fácilmente diferenciables de los de otras patologías menos graves. Ciertamente, en los menores, la meningitis puede manifestarse simplemente a través de inestabilidad en la temperatura,

---

[12] Documento elaborado por el Doctor Juan Manuel Lozano.

[13] Documento elaborado por el Doctor Juan Manuel Lozano.

[14] Documento elaborado por el Doctor Paulo Vega Mateus.

[15] Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[16] Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[17] sDocumento elaborado por el Doctor Juan Manuel Lozano.

rechazo a los alimentos o mala regulación de la respiración, con episodios de taquipnea y apnea[18]. Por eso se recomienda al cuerpo médico evaluar siempre que se presenten dichos signos o síntomas, la hipótesis de una posible meningitis. No obstante, la cuestión se agrava si se trata de una familia no afiliada al sistema general de salud, ya que en estos casos es fácil que se confundan los síntomas y que la atención médica se produzca una vez la enfermedad ha generado efectos devastadores.

16. Las secuelas más frecuentes de las meningitis bacterianas son las siguientes:

(1) Reducción o pérdida de la función de órganos de los sentidos (hipoacusia, sordera, alteraciones visuales, ceguera etc.);

(2) Reducción o pérdida de las funciones motoras (plejias o paresias) de una, dos o las cuatro extremidades;

(3) Reducción o pérdida de las funciones intelectuales de diverso orden (aprendizaje, lenguaje, expresión corporal, entre otras);

(4) Reducción o pérdida de las funciones de control de esfínteres;

(5) Crisis convulsivas de diverso tipo (epilepsias);

(6) Reducción o pérdida de la circulación del líquido cefalorraquídeo, expresada en hidrocefalia de diversos grados;

(7) Reducción o pérdida del tejido neuronal con formación de lesiones quísticas que reemplazan el tejido nervioso perdido.[19]

Se reitera que las posibles secuelas de la meningitis bacteriana, dependen de múltiples factores, dentro de los cuales se encuentran, la edad del paciente, el estado nutricional e inmunológico, el tiempo de evolución de la enfermedad, la severidad de la misma en el momento del diagnóstico, etc.[20]

No obstante, se afirma que "todo niño que ha padecido un cuadro de meningitis bacteriana, debe ser considerado de alto riesgo y debe necesariamente tener un seguimiento muy cercano desde el punto de vista de su desarrollo."[21]

En cuanto se refiere a la tasa de letalidad, los médicos consultados indican que no existen estudios para Colombia sobre esta materia. Pese a lo anterior, señalan que los informes locales o regionales que existen, permiten pensar que las tasas de letalidad se encuentran dentro de los rangos señalados para América Latina. Se puede inferir entonces que la tasa de letalidad, para la meningitis por Haemophilus Influenzae tipo b. oscila entre 14 y 28%.[22]

Por último, a manera de resumen, se indica que "la meningitis, y en particular la de tipo bacteriano, es una enfermedad grave y de pronóstico reservado. Los factores que implican un peor resultado incluyen la edad del paciente (mayor mortalidad en menores de un año), el agente infeccioso (peor curso en los casos debidos a E. coli, Klebsiella, Enterobacter y Serratia, mejor en aquellos producidos por N. meningitidis), la duración y la extensión de la inflamación antes del inicio de la intervención terapéutica, y la presencia en el sujeto de otras

---

[18] Documento elaborado por el Doctor Paulo Vega Mateus.

[19] Documento elaborado por el Doctor Jorge Mauricio Palau Castaño.

[20] Documento elaborado por el Doctor Jorge Mauricio Palau Castaño.

[21] Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[22] Estudio de Lagos R. (1996) citado en el Documento elaborado por el Doctor Jorge Mauricio Palau Castaño.

condiciones que puedan comprometer su capacidad para defenderse de la infección. Se estima que alrededor del 10% de los niños que presentan meningitis fallecen por la enfermedad, y que hasta el 35% de los sobrevivientes presenta incapacidades duraderas, muchas veces permanentes, bajo la forma de secuelas neurológicas sensoriales o motoras. Cerca del 5% al 10% de estos sobrevivientes tiene reducción en la audición detectable cinco años después de la enfermedad. Entre el 10% y el 20% presenta otras secuelas tales como daño cerebral, hidrocefalia, deficiencias motoras, visuales o vestibulares, convulsiones y retardo mental de severidad variable. En otros casos las limitaciones son más sutiles, manifestándose como disfunción cerebral leve bajo la forma de trastornos de aprendizaje o del comportamiento tales como déficit de la atención o hiperactividad."[23]

Efectividad de la vacuna

17. Señalan los expertos consultados que "el mayor impacto en la reducción de la mortalidad y morbilidad por meningitis bacteriana ha sido debido a la introducción de vacunas contra los patógenos más frecuentes."[24]

Respecto a la vacuna contra la meningitis por H. Influenzae, los expertos advierten que recientemente la frecuencia de dicha enfermedad en la población infantil de Europa y Estados Unidos "ha declinado dramáticamente, debido al impacto de la vacunación. Especialmente entre 1985 y 1991 hubo una reducción del 82% en la incidencia de meningitis por este germen."[25]

Por esta razón, señalan que "deben continuarse los esfuerzos, especialmente en países en vías de desarrollo, para inmunizar a toda la población infantil en vacunas contra la *H. Influenzae tipo b.*"[26] En efecto, todos los informes presentados indican que la vacuna contra la *H. Influenzae tipo b*, está en capacidad de reducir, hasta niveles de control o, incluso, de erradicar la enfermedad.

Uno de los documentos allegados al expediente, señala: "(e)n primer lugar, desde comienzos de esta década están disponibles a nivel mundial varias vacunas conjugadas contra el *H. influenzae*, que como se ha dicho repetidamente es uno de los principales agentes productores de esta enfermedad. El empleo obligatorio de estas vacunas en países desarrollados ha llevado a la desaparición casi total de la meningitis por esta bacteria; así lo ha demostrado el seguimiento epidemiológico en Estados Unidos y los países escandinavos. Es lamentable que estas vacunas no estén incluidas dentro de las ofrecidas en nuestro país por las autoridades de salud pública y que se apliquen sólo a aquellos niños cuyas familias pueden pagar su costo comercial. El Ministerio de Salud ha expresado la intención en obtener los recursos económicos para remediar este inequidad. Estos esfuerzos deben redoblarse, obteniendo el apoyo de otros sectores del Estado, de modo que se pueda ofrecer estas vacunas a toda la población infantil en el menor plazo posible."[27]

No obstante lo anterior, en otro de los informes se afirma: "la experiencia en otros países con mejor estado sanitario ha demostrado que un mayor nivel de vida no es suficiente para erradicar la enfermedad, aunque sí se constituye en factor importante en la disminución de su

---

[23] Documento elaborado por el Doctor Juan Manuel Lozano.

[24] Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[25] Estudios de Quagriarello V.J. y Schelld M, (1997); Adams W, Deaver K., Cochi S., (1993); Peltola H, Kelpi T-., Anttila M., (1992, citados en el Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[26] Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[27] Documento elaborado por el Doctor Juan Manuel Lozano.

incidencia; se está investigando el uso de vacunas que protegerían contra los agentes causales más frecuentes y la evidencia en este momento es alentadora como ocurre con la vacunación contra *Haemophilus Influenzae* tipo B que se hizo en Centroamérica, pero falta todavía por establecer si el enorme costo económico y los riesgos inherentes a vacunar a toda la población especialmente infantil, compensan la disminución en la incidencia o la menor gravedad de la enfermedad."[28]

18. En cuanto se refiere a la vacuna para prevenir la meningitis por meningococo (*Neisseria meningitidis)*, se advierte que, a pesar de que los estudios no son concluyentes, se puede afirmar que sólo es eficaz aplicada a niños mayores de cinco años de edad.

FUNDAMENTOS

1. Por intermedio de apoderado, 418 padres de familia, habitantes del sector de Puente Aranda en Santa Fe de Bogotá D. C., instauraron acción de tutela contra las autoridades de salud nacionales y distritales, por considerar que ellas incumplieron el deber de proteger la salud de sus hijos menores contra el riesgo inminente de contraer la meningitis.

2. El juez de instancia concedió la tutela de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social de los hijos de los demandantes.

A su juicio, las normas constitucionales, en concordancia con los tratados internacionales sobre protección a la infancia, obligan al Estado a garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de los niños (C.P., artículo 44), dentro de los cuales se encuentra incluido el derecho a la salud. Anota que la situación que originó la acción que se estudia "implica un inminente peligro de riesgo de mortalidad y enfermedad sobre un gran número de población infantil, ubicada en la ciudad del Distrito Capital, como lo es la meningitis, enfermedad que requiere de la atención inmediata y pertinente para no tener graves consecuencias como secuelas insaneables o irreparables e incluso la misma muerte". A este respecto señala que "para proteger los derechos de los niños en la forma que la misma Corte Constitucional lo ha hecho, es menester que la familia en comienzo y el Estado en subsidio entren a satisfacer las necesidades de aquellos". En consecuencia, si los actores "no están en condiciones económicas para cubrir los costos que implica acceder a la aplicación de la vacuna contra la meningitis, (...) y no tienen acceso a una EPS por no encontrarse la mayoría de los padres (...) afiliados a tal prestación de salud, les queda imposible adquirir la vacuna, lo que significa que, al estar las familias tutelantes en tal situación, debe entonces entrar (...) el Estado a garantizar la salud de los menores".

En consecuencia, el juez de la causa ordenó al Ministerio de Salud y a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá D.C. que, en el término de 48 horas, "se apersonen de la situación que se ha planteado respecto de la población infantil de la zona de Puente Aranda de esta ciudad, disponiendo lo necesario para que, de inmediato, se procese el estudio pertinente que conlleve a que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis". Precisó que, en forma previa a la aplicación de las vacunas, las autoridades demandadas deberían analizar el caso concreto de cada menor con el fin de que la dosis administrada fuera la adecuada para reducir al mínimo el riesgo de adquirir la enfermedad.

3. La Corte debe resolver si la sentencia objeto de revisión se ajusta a la Constitución. Para ello, deberá determinar si, a la luz de la Constitución política, los menores en cuyo nombre

[28] Documento elaborado por el Doctor Paulo Vega Mateus.

se solicita el amparo constitucional, y que conforman un grupo socialmente marginado, tienen el derecho fundamental a exigir del Estado, protección gratuita, oportuna y eficaz, contra las variedades de meningitis bacteriana que puedan afectar su salud y colocarlos en situación de debilidad manifiesta.

Para resolver adecuadamente el interrogante planteado, debe definirse, en primer término, si la abstención del Estado, en este caso, viola el núcleo esencial de los derechos prestacionales de los menores en materia de salud (C.P. art 44) y, en segundo lugar, si la misma quebranta el mandato constitucional de erradicar la marginación y la discriminación (C.P. artículo 13). Procede la Sala, en este orden, a estudiar cada una de las cuestiones planteadas.

Los derechos fundamentales de los niños (Art. 44 C.P.)

4. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos - directa o indirectamente - en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital.

5. El ordenamiento constitucional no sólo confiere a los niños una serie de derechos fundamentales que no reconoce a los restantes sujetos de derecho, sino que, adicionalmente, establece que dichos derechos tendrán prevalencia sobre los derechos de los demás. En el *Estado social de Derecho*, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen (C.P. artículo 44).

Pero la protección especial de los derechos fundamentales del menor no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de afrontar por sí solo. La Carta pretende promover un orden basado en los valores que orientan cualquier Estado civilizado: la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. No obstante, un orden tal de valores sólo es verdaderamente efectivo si los sujetos a quienes se orienta lo conocen y lo comparten. En este sentido, el constituyente quiso que las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las opiniones y creencias ajenas. En estas circunstancias, es razonable suponer que el menor accederá a la mayoría de edad, como una persona libre y autónoma, que conoce los valores de igualdad y justicia que informan la Carta y que, por lo tanto, se encuentra en capacidad de defenderlos y promoverlos. Estas y otras consideraciones explican que la Constitución declare, de manera expresa, la especial protección constitucional que merecen los derechos fundamentales de los niños en el territorio nacional.

6. Según lo dispone el artículo 44 de la Constitución, son derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Añade la mencionada

disposición, que los menores serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Sin embargo, a fin de que los derechos mencionados no excluyan otros que, pese a no ser fundamentales, resultan de la mayor importancia para el adecuado desarrollo del niño, el artículo 44 señaló que los menores gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

7. El catálogo contenido en el artículo 44 de la Carta no es homogéneo desde el punto de vista de la naturaleza sustancial de cada uno de los derechos que lo integran. En efecto, algunos son derechos de libertad, mientras otros tienden a la protección de la igualdad formal y sustancial.

En general, la aplicación directa de los derechos que buscan promover la vida, la integridad física y moral, la libertad y la igualdad formal de los menores, no ofrece mayores resistencias. No obstante, los derechos que promocionan la igualdad sustancial de los niños frente al resto de la comunidad, así como los de los menores que se encuentran en condiciones de especial fragilidad respecto de otros que no lo están, plantean problemas serios desde la perspectiva del control judicial. Cuando se trata de proteger este tipo de derechos surgen, inmediatamente, preguntas neurálgicas referidas a la naturaleza, contenido y alcance de los derechos en cuestión, o a las facultades del juez de tutela respecto de derechos fundamentales de carácter prestacional.

8. Se ha expuesto que uno de los rasgos característicos de los derechos fundamentales consiste en su aplicación directa, vale decir, en la posibilidad de invocar judicialmente las pretensiones y facultades que comprenden, sin necesidad de recurrir a una ley o a una decisión administrativa. En consecuencia, si se acepta que, incluso ante omisiones del legislador, el poder público está obligado a responder por la satisfacción de los derechos fundamentales del menor -los que pueden tener naturaleza prestacional- es ineludible preguntarse: ¿puede el juez constitucional ordenar la protección de un derecho constitucional de carácter prestacional, que tiene diversos alcances y cuya satisfacción implica erogaciones fiscales, en aquellos eventos en los que no existe ley o sus previsiones son claramente insuficientes?.

9. La Corte, en reciente jurisprudencia de unificación, ha indicado que el juez constitucional no puede, en principio, intervenir en el proceso de asignación de derechos constitucionales de carácter prestacional, pues ello implicaría una grave lesión al principio democrático y, eventualmente, la ruptura de principios y derechos tan fundamentales como la igualdad. A este respecto, la sentencia SU-111 de 1997, indicó:

> *"Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial."*

No obstante, en la misma decisión, la Corporación consideró que en algunos casos excepcionales, el juez constitucional podía conceder la tutela de un derecho social o económico, siempre que se cumplieran una serie de estrictas condiciones constitucionales. Al respecto señaló:

"La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales".

10. Podría sostenerse que una violación flagrante a los derechos económicos o sociales consagrados en el artículo 44 de la Carta, se encontraría claramente tipificada en la excepción a la que alude la Corte en la precitada sentencia. Sin embargo, no se precisa en este caso seguir con una línea de argumentación semejante. La discusión que la Corte salda en la referida providencia hace relación a la eventual conexidad entre los derechos de prestación, como el derecho a la salud, y derechos fundamentales, como el derecho a la vida. No obstante, no se refiere a los derechos prestacionales que, adicionalmente, por expreso mandato constitucional, son derechos fundamentales y, por lo tanto, resultan susceptibles de ser defendidos mediante el mecanismo judicial de la tutela.

Por la razón expuesta, la tesis adoptada por la Corte en la sentencia SU-111/97, no puede ser simplemente transpuesta al ámbito de los derechos de prestación que, por expresa disposición constitucional, constituyen *per se* derechos fundamentales de aplicación inmediata. Este sería el caso, por ejemplo, del derecho a la defensa técnica o asistencia letrada (C.P. artículo 29), del derecho a la educación básica primaria (C.P. artículos 44 y 67) o del derecho a la salud de los niños (C.P. artículo 44).

11. Según el artículo 44 de la Constitución Política, los niños tienen una serie de derechos fundamentales de carácter prestacional, como el derecho a la salud, que necesariamente deben ser atendidos por alguno de los tres agentes que la propia Carta designa: la familia, la sociedad y el Estado. No obstante, puede darse el caso de que la ley no haya fijado las respectivas responsabilidades, la familia no tenga la capacidad fáctica de asumirlas y la sociedad no se encuentre organizada para ello. En estos eventos, pueden proponerse tres alternativas distintas de acción, cada una de las cuales conduciría a una respuesta judicial diversa.

En primer lugar, podría sostenerse que el artículo 44 de la Carta reconoce al juez constitucional la autoridad para ordenar la disposición inmediata de todos los recursos que sean necesarios para asegurar a la población infantil la prestación de los servicios de promoción, protección y recuperación integral de su salud. Ciertamente, si el derecho a la salud, en relación con los niños, es un derecho fundamental y si el juez debe proteger integralmente los derechos fundamentales (C.P. artículo 86), no cabe objeción, en principio, a esta opción. No obstante, esta alternativa plantea serias dificultades respecto de otras normas constitucionales, especialmente, aquellas que establecen la forma de gobierno democrática. Efectivamente, la asignación de los recursos necesarios para cubrir integralmente las eventuales afecciones a la salud que puede sufrir un menor, comporta una injerencia notoria y definitiva en la asignación del gasto público, contrariando principios tan nucleares al sistema democrático como aquel que indica que la tributación y adjudicación de recursos

públicos, son del resorte de los órganos de representación política. En conclusión, si se aceptara esta alternativa, se estaría avalando la intervención del juez en ámbitos que, en un Estado democrático de derecho, deben ser regulados por los órganos de representación popular. En suma, esta hipótesis supone privilegiar el Estado Social, sobre el Estado democrático de derecho, sin que al parecer exista razón constitucional suficiente para ello.

En segundo término, puede darse que el juez tienda a desobedecer el mandato constitucional del artículo 44, en nombre del principio democrático (C.P. artículos 1 y 3) y, en consecuencia, considere equivocadamente que se trata de un simple consejo a los órganos políticos para que, cuando lo consideren oportuno, pongan en marcha políticas de protección a la salud de la infancia. Sin embargo, en este caso se estaría actuando al margen del orden jurídico constitucional que establece, de manera clara e indubitable, el derecho fundamental a la salud de los niños y el deber del Estado -y, por lo tanto, del juez- de protegerlo incluso cuando no exista desarrollo legal o administrativo. En efecto, tal y como quedó estudiado, una de las características más destacadas de un derecho que ha sido definido como *fundamental* es, justamente, su aplicación inmediata por el juez, vale decir, su exclusión del debate democrático. En consecuencia, esta segunda alternativa tampoco puede ser aceptada si de lo que se trata es de asegurar la vigencia integral de la Constitución, pues privilegia, injustificadamente, las normas que desarrollan el Estado democrático de derecho, sobre aquellas que tienden a la vigencia efectiva del Estado social.

Por último, queda la posibilidad de realizar una interpretación armónica del artículo 44 en relación con las restantes normas constitucionales y, en especial, con aquellas que consagran el principio democrático (C.P. artículo 1, 3, 40). Esta tercera alternativa, más cercana a los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho, supone que los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales.

Referida al derecho a la salud de los niños (C.P. artículo 44), la doctrina anterior se traduciría en la existencia de una serie de derechos mínimos, adscritos a los niños y directamente aplicables, que originan deberes implícitos para cada uno de los sujetos que el mismo artículo 44 indica como responsables de su pleno cumplimiento. Así las cosas, los órganos políticos tendrían la obligación ineludible de definir sistemas de prevención y atención con contenidos constitucionalmente definidos y los jueces podrían obligar a la familia y al Estado a cumplirlos así no existiera mediación legislativa o administrativa.

En criterio de la Corte, esta tercera alternativa es la única que permite la aplicación simultánea de las distintas normas constitucionales pues, de una parte, obedece el mandato constitucional que otorga, sin excepción, el carácter de fundamentales a los derechos de los niños contenidos en el artículo 44 y, de otra, atiende a los imperativos insoslayables de todo Estado democrático de Derecho. En consecuencia, con sujeción a los principios de aplicación integral de la Constitución y de armonización concreta, es la doctrina que la Corporación debe prohijar.

12. En virtud de lo anterior, considera la Corte que del artículo 44 tantas veces citado se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos

poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. No obstante, la armonización de esta norma con el principio democrático -que dispone que los órganos políticos son los encargados de definir las políticas tributarias y presupuestales- exige que sólo la parte del derecho que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas del menor -lo que se ha denominado su núcleo esencial-, pueda ser directamente aplicada por el juez, mientras que es el legislador quien debe definir su completo alcance. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela.

13. La anterior restricción constitucional al principio democrático, se justifica, entre otras razones, porque dicho principio no puede oponerse a la reclamación de pretensiones *esenciales* de un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan. En este caso, alegar que el núcleo esencial de los derechos fundamentales prestacionales del artículo 44 no es de aplicación directa sino que, en todo caso, debe ser mediado por una decisión política -legislativa o administrativa-, significa someter la satisfacción de las necesidades básicas de los niños, en nombre de la participación, a un proceso del cual se encuentran completamente marginados. En otras palabras, la razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores.

14. La intervención del juez se limita a exigir el cumplimiento efectivo del núcleo esencial del derecho prestacional fundamental, más allá de lo cuál sólo puede actuar si media la respectiva decisión política. En estas condiciones, es necesario identificar los criterios para definir el núcleo esencial de un derecho prestacional fundamental, es decir, aquella parte del derecho que es de aplicación inmediata.

Ya se ha indicado que el aspecto del derecho prestacional fundamental que no puede quedar sometido al debate político es, justamente, aquel que tiende a la satisfacción más elemental de las *necesidades básicas* del titular del derecho. Ciertamente, existen carencias cuya satisfacción escapa absolutamente al control de la persona que las sufre; que son ineludibles pues no dependen de su voluntad o deseo; cuya satisfacción es absolutamente imprescindible para evitar un daño que, desde cualquier concepción constitucionalmente aceptable, constituye alteración grave de las condiciones mínimas esenciales del concepto de dignidad humana.

Así por ejemplo, hace parte del núcleo esencial del derecho a la salud de los menores, el atentado grave -por acción o por omisión- contra su salud, que de ninguna manera puede ser evitado o conjurado por la persona afectada y que pone en alto riesgo su vida, sus capacidades físicas o psíquicas o su proceso de aprendizaje o socialización. En consecuencia, nada obsta para que el juez, ante la demostración de tan grave circunstancia, profiera la orden adecuada para liberar al menor de la situación de extrema necesidad en la que ha sido puesto por acción u omisión de los agentes constitucionalmente responsables de asegurar la plenitud de sus derechos.

15. El principio de subsidiariedad de la asistencia estatal, impone al legislador, en primer término, la obligación de regular la responsabilidad de las personas que, en principio, deben atender los derechos sociales fundamentales del menor: la familia y la sociedad, cuando a ello haya lugar. Por su parte, la administración, los órganos de control y los jueces de la república, deben ser en extremo diligentes para hacer efectivas las obligaciones de los mencionados

sujetos. No obstante, si el núcleo familiar no está en capacidad fáctica de satisfacer las carencias más elementales de los niños a su cuidado, compete al Estado, subsidiariamente, asumir la respectiva obligación.

16. En los eventos mencionados, como se trata de la obligación constitucional de satisfacer bienes no negociables, el Estado sólo podría liberarse si demuestra que, en cualquier caso, la satisfacción de las necesidades básicas de que se trata, implicaría necesariamente la desprotección de otros bienes de idéntica entidad. En otras palabras, la aplicación directa del núcleo esencial de los derechos fundamentales de carácter prestacional sólo puede limitarse si el Estado demuestra que, pese a todos los esfuerzos razonables, le resulta imposible atenderlos sin descuidar la protección básica de otros derechos de igual categoría. No obstante, esta situación extrema debe quedar debidamente comprobada en el respectivo proceso. En efecto, en estos eventos, como en los que se refieren a la protección del mínimo vital de la población más pobre y marginada, le corresponde a las autoridades públicas demostrar los hechos que conduzcan a la exoneración de su responsabilidad constitucional.

17. En síntesis, el juez constitucional es competente para aplicar directamente, en ausencia de prescripción legislativa, el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. En estos casos, debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor. Si se trata de asuntos que sólo pueden ser atendidos por el Estado -bien por su naturaleza, ora por que los restantes sujetos no se encuentran en capacidad de asumir la obligación- la autoridad pública comprometida, para liberarse de la respectiva responsabilidad, deberá demostrar (1) que, pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; (2) que la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la competencia y están dispuestas a hacerla cumplir; (3) que, pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha.

Pasa la Corte a abordar el segundo problema propuesto. Los hechos que motivaron la interposición de la acción suscitan una obligada reflexión constitucional en torno a la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, contenida en el artículo 13 de la Carta. En efecto, los menores en cuyo nombre se solicita el amparo constitucional, hacen parte de sectores históricamente marginados de la población, circunstancia que no puede pasar desapercibida a la luz de la cláusula precitada y que, necesariamente, debe ser estudiada para poder adoptar la presente decisión.

Los deberes positivos del Estado en desarrollo de la cláusula de erradicación de las injusticias presentes (C.P. artículo 13)

18. Según el artículo 13 de la C.P., el "Estado (...) adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados". Le corresponde al Legislador, en primer término, ordenar las políticas que considere más adecuadas para ofrecer a las personas que se encuentren en esa situación, medios que les permitan asumir el control de su propia existencia. Las leyes en este campo suelen imponer al Estado la asunción de prestaciones a su cargo. La distribución de bienes y la promoción de oportunidades para este sector de la población, por representar erogaciones de fondos del erario, se inserta en la órbita del legislador.

La adopción de medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, no constituye una competencia meramente facultativa del legislador. La marginación y la discriminación se

enuncian en la Constitución, no con el objeto de normalizar un fenómeno social, sino de repudiarlo. En este sentido, el mandato al legislador se vincula con la actividad dirigida a su eliminación. Se descubre en el precepto la atribución de una competencia encaminada a transformar las condiciones materiales que engendran la exclusión y la injusticia social.

En la medida en que las instituciones del mercado y de la competencia, se arraigan en la sociedad, la satisfacción de un número creciente de necesidades se articula a través del sistema de la oferta y de la demanda. Sin embargo, variadas causas, entre ellas, la miseria extrema, colocan a muchas personas por fuera del circuito económico. La escasa cobertura de los servicios del Estado, además, puede determinar, en este caso, que estos sujetos terminen por perder todo nexo significativo y valioso con la sociedad. Aquí se plantea a la sociedad y al Estado, el desafío constante de corregir la discriminación y la marginación, pues aunque en sí mismas puedan ser una derivación patológica de la organización existente, la Constitución las toma en cuenta sólo con el objeto de configurar una competencia enderezada a combatirlas.

19. Aunque el juez, en principio, no está llamado a ser el primero en obligar al Estado a suministrar prestaciones de contenido económico o social a los marginados y discriminados, por las razones ya expuestas, se pregunta la Corte si, en cambio, está autorizado para indicar cuándo una abstención estatal por su gravedad y consecuencias sobre la dignidad humana, se torna intolerable y deberá entonces sustituirse por una acción positiva en beneficio de este grupo de personas.

En este sentido, como se anotó en el fundamento Jurídico 9 de esta decisión, la Corte ha señalado que, en algunos casos excepcionales, el juez constitucional puede conceder la tutela de un derecho prestacional, siempre que se compruebe "un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del **mínimo vital**, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales".[29]

Pero, ¿qué significa "mínimo vital"? ¿cómo se determina constitucionalmente un evento referido a esta situación límite? Responder a estos interrogantes resulta oportuno con el objeto de precisar los contornos de la mencionada doctrina constitucional que, en este caso, refuerza el derecho de los niños carentes de recursos para acceder a un programa de vacunación gratuita. Aunque las consideraciones previas -relativas al concepto del derecho fundamental a la salud de los niños-, serían más que suficientes para apoyar en ellas la decisión de la Corte, la doctrina del mínimo vital le suministra, si se quiere, sustento adicional. En efecto, la indicada doctrina constitucional se refiere a una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la flagrante violación de un derecho humano que comprometa de manera radical la existencia misma de la persona, obliga al juez a impulsar la actuación positiva del Estado. Por lo expuesto, la Corte procede en esta ocasión a explicar el fundamento, contenido y alcance de la doctrina sobre el mínimo vital, a la cual

[29] SU- 111 de 1997 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz)

se refiere la sentencia SU-111 de 1997, la cual se reitera y desarrolla en los apartados siguientes.

20. Se sabe que en los derechos de libertad negativa -en los cuales la obligación del Estado por lo general se define en términos de abstención o no injerencia en la esfera del individuo protegida por la Constitución-, las restricciones permitidas son únicamente aquellas que establece la ley y que, al mismo tiempo, resulten proporcionadas y razonables y no afecten su núcleo esencial. En el caso de la promoción de la igualdad sustancial -en la que se integran las medidas en favor de los discriminados y marginados-, lo que se espera del Estado no es precisamente una abstención, sino una acción positiva. En este sentido, desde el punto de vista constitucional, la antijuridicidad la constituye la abstención misma del Estado.

Dado que en esta materia cabe concluir que la abstención culpable del Estado, en otras palabras, su pasividad ante la marginación y la discriminación que sufren algunos miembros de la sociedad, no se compagina con el orden justo efectivo que procura legitimidad al Estado social de derecho y, menos todavía, con el cumplimiento de la cláusula que proscribe la marginación y la discriminación, la función del juez será no la de remplazar a los órganos del poder público incursos en la abstención, sino la ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado, desde luego siempre que se verifique que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental.

21. El deber estatal correlativo al mandato de poner término a la discriminación y a la marginación social, necesita ser desarrollado por la ley. Sólo en estas condiciones, con cargo a las apropiaciones presupuestales correspondientes, la administración puede concretar en la realidad el designio constitucional. Sin embargo, ¿qué ocurre en aquéllas situaciones límite de extrema miseria donde se percibe la palmaria desatención del Estado y de la sociedad? ¿una necesidad básica, esencial para la conservación de la vida, cuya satisfacción escape en términos absolutos al control y posibilidades reales de la persona marginada que, librada a su propia suerte, la convierte seguramente en víctima de un daño irreparable como efecto de la privación, genera, en principio, una obligación de asistencia a cargo del Estado?

Los anteriores interrogantes, por lo menos parcialmente, permiten ubicar a un sector de los marginados y discriminados. Pese a que los problemas de marginación y discriminación, no se reducen a la pobreza extrema, tal vez es ésta la fuente más común del fenómeno. Ahora bien, la pobreza o indigencia reducen hasta grados extremos la posibilidad de resolver de manera autónoma las necesidades vitales de las personas que las padecen.

La necesidad básica insatisfecha -que reúna las características mencionadas-, por sí sola no crea a cargo del Estado una obligación prestacional. Sin embargo, una vez que la Constitución o la ley determinan positivamente una obligación de este contenido, la identificación de una necesidad corresponderá al supuesto respecto del cual debe operar el Estado.

No obstante, la extensión de cobertura constitucional expresa bajo la forma de un derecho prestacional y el consiguiente desarrollo legal, ofrecen sólo una respuesta parcial a las preguntas formuladas. El problema real se presenta cuando la necesidad básica insatisfecha de un grupo marginado o discriminado carece de toda cobertura de derecho positivo o, proclamado el derecho prestacional a nivel constitucional, no tiene contrapartida en la ley ni en el presupuesto. En este contexto, ¿el mandato constitucional que proscribe la marginación y la discriminación es capaz de dar vida a derechos subjetivos dirigidos a promover específicas acciones del Estado orientadas a la satisfacción de necesidades básicas insatisfechas de la población que objetivamente no puede resolverlas?

22. A juicio de la Corte Constitucional un mandato de erradicación de las injusticias presentes, sólo puede actualizarse en el tiempo y requiere de la puesta en obra de una vasta gama de acciones que, sin lugar a dudas, deben ser decididas por el Congreso y ejecutadas por la administración.

23. La deferencia a los órganos representativos, no obstante, no avala el abuso de la competencia, el cual se presenta, entre otros casos, cuando el titular de manera patente, desconoce el mandato de acción ordenado por el Constituyente o su mora injustificada se proyecta en lesiones manifiestas a la dignidad de la persona humana. Es importante, a este respecto, subrayar que la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, apela a la discrecionalidad de los órganos del poder sólo en el sentido de que éstos con base en los recursos disponibles y los medios que consideren más adecuados e idóneos, o sea dentro de lo que en cada momento histórico resulte posible, pueden encontrar para su tarea un espacio de libre configuración normativa y administrativa. Sin embargo, en cuanto a la prioridad y a la necesidad de que las medidas efectivamente se lleven a cabo, ningún órgano del poder puede declararse libre, pues, el mandato constitucional en estos aspectos ha limitado la competencia de los órganos constituidos al vincularlos a una función que en los términos de la Carta es perentoria.

24. La verificación judicial de que una necesidad básica que aqueja a un grupo marginado o discriminado -siempre que ella reúna las notas arriba señaladas-, no ha sido atendida, por incidir en la afectación del mínimo vital, hará presumir que el mandato constitucional referido ha sido incumplido. Le corresponderá a la autoridad pública concernida, demostrar los hechos que conduzcan a la exoneración de su responsabilidad constitucional. En estas situaciones límite, el desplazamiento de la carga de la prueba obedece a un principio de equidad en la determinación de los deberes que las partes de un proceso constitucional deben asumir con miras a establecer la verdad. El indigente, se comprende fácilmente, no es la persona más idónea para conocer cuáles sean las posibilidades legales y fácticas que en un momento dado son relevantes para juzgar si el mandato de acción positiva a cargo del Estado puede o no actualizarse en su caso. La explicación de la autoridad será definitiva para que el juez de tutela pueda apreciar si, en la situación concreta, el grado de cumplimiento del referido mandato constitucional, goza de una debida justificación, siendo en todo caso inaceptable la conducta pública que refleje tolerancia y pasividad frente a las aflicciones extremas de los marginados y discriminados, como quiera que en esta hipótesis la abstención significaría ella misma marginación y discriminación, provocada por el órgano llamado constitucionalmente a aplacarla.

Resta precisar si, en el caso presente, opera y de qué modo la cláusula de erradicación de las injusticias presentes. En su orden debe el juez agotar secuencialmente las siguientes etapas de análisis: (1) identificación de un grupo de personas discriminadas o marginadas; (2) demostración de la existencia de una necesidad básica y de su falta de atención; (3) examen de los hechos y razones relativos a la respuesta dada por el Estado a la situación específica de marginación o discriminación; (4) calificación constitucional acerca del grado de cumplimiento histórico que en la situación concreta ha debido tener el mandato de erradicación de las injusticias presentes, atendidas las posibilidades legales y fácticas del momento.

Estudio y evaluación de las pruebas practicadas

25. Los actores son personas de escasos recursos económicos, que laboran en el sector informal de la economía y que se ven obligados a dejar a sus hijos diariamente en los hogares comunitarios del bienestar familiar. Adicionalmente, -según se afirma en la acción de tutela-, no se encuentran afiliados a ninguno de los regímenes (subsidiado o contributivo) que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Alegan que sus hijos están en

situación de alto riesgo dado que viven en condiciones de hacinamiento, falta de higiene y pobreza. Adicionalmente, no tienen derecho a la atención médica oportuna, ni acceso a subsidio alguno para la compra de medicamentos o para sufragar los costos de una eventual rehabilitación.

26. Según los expertos consultados, la meningitis bacteriana sigue siendo la más importante de las infecciones del SNC (sistema nervioso central) en niños, especialmente, en los países en vías de desarrollo.[30] Dicha enfermedad, se presenta con mayor frecuencia en niños entre 3 meses y 5 años de edad, que asisten a instituciones de atención y cuidado, como las guarderías, los hogares comunitarios y albergues.[31] Indican que el hacinamiento y el menor grado de higiene son factores determinantes para que "personas enfermas transmitan con mayor eficiencia la enfermedad."[32] En resumen, según las pruebas practicadas, los menores a cuyo nombre se interpuso el amparo constitucional se encuentran dentro de uno de los denominados grupos de riesgo, por confluir sobre ellos factores subjetivos y ambientales determinantes para el contagio (ver *supra*).

Pero las condiciones socioeconómicas de los menores no sólo los colocan en circunstancia de debilidad manifiesta frente al contagio de la enfermedad. Adicionalmente, de contraerla, tendrán que soportar secuelas especialmente graves y duraderas, como la sordera permanente o el retardo mental. En efecto, algunos de los expertos consultados, indicaron que la atención médica oportuna es fundamental para evitar graves secuelas neurológicas. Sin embargo, los niños cuyo amparo se solicita no están cubiertos por el Régimen General de Seguridad Social. De esto se desprende que no pertenecen al régimen contributivo, por no tener capacidad económica suficiente, pero tampoco han sido cubiertos por el régimen subsidiado, bien por que no han participado en los procesos de selección ora por que están a la espera de una progresiva mayor cobertura. En consecuencia, se trata de personas simplemente "vinculadas" al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que se encuentran en condiciones claramente marginales a la hora de requerir cuidado en materia de prevención, atención diagnóstica, tratamiento médico o rehabilitación (artículo 157 Ley 100 de 1993). En estos casos, no existen elementos para presumir que la atención diagnóstica será oportuna, ni que las familias puedan procurar integralmente la terapia antimicrobiana o el tratamiento necesario para una adecuada rehabilitación.

Los profesionales consultados coinciden en afirmar que "dado el potencial de mortalidad y morbilidad neurológica -de la meningitis bacteriana- es importante instaurar la terapia antimicrobiana tan pronto como sea posible."[381] Pero añaden que, incluso habiendo practicado una terapia adecuada y oportuna, la mayoría de los niños afectados con la enfermedad presentan secuelas neurológicas. Se indica que "la meningitis, y en particular la de tipo bacteriano, es una enfermedad grave y de pronóstico reservado. Los factores que implican un peor resultado incluyen la edad del paciente (mayor mortalidad en menores de un año), el agente infeccioso, la duración y la extensión de la inflamación antes del inicio de la intervención terapéutica, y la presencia en el sujeto de otras condiciones que puedan comprometer su capacidad para defenderse de la infección. En general se estima que alrededor del 10% de los niños que presentan meningitis fallecen por la enfermedad, y que

---

[30] Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

[31] Documento elaborado por el Doctor Jorge Mauricio Palau Castaño.

[32] Documento elaborado por el Doctor Paulo Vega Mateus.

[33] Documento elaborado por los Drs. Ana Cristina Mariño Drews y Enrique Gutiérrez Saravia.

hasta el 35% de los sobrevivientes presenta incapacidades duraderas, muchas veces permanentes, bajo la forma de secuelas neurológicas sensoriales o motoras. Cerca del 5% al 10% de estos sobrevivientes tiene reducción en la audición detectable cinco años después de la enfermedad. Entre el 10% y el 20% presenta otras secuelas tales como daño cerebral, hidrocefalia, deficiencias motoras, visuales o vestibulares, convulsiones y retardo mental de severidad variable. En otros casos las limitaciones son más sutiles, manifestándose como disfunción cerebral leve bajo la forma de trastornos de aprendizaje o del comportamiento tales como déficit de la atención o hiperactividad."[34]

En síntesis, tal y como se deriva de los informes médicos recibidos, puede afirmarse que los menores objeto de la tutela, se encuentran en riesgo de contraer alguna de las bacterias habituales que originan la meningitis bacteriana y que, de sufrir la enfermedad, tendrían que sufrir consecuencias "devastadoras".

27. El escrito de la Secretaría de Salud del Distrito indica que Santa Fe de Bogotá no es una zona de riesgo. Sin embargo, no se aportan pruebas confiables con fundamento en las cuales se sustente la anterior afirmación. Por el contrario, al parecer no existen estudios globales, sistemáticos y dignos de crédito que permitan afirmar con toda certeza que los niños que habitan en la zona de Puente Aranda, que pertenecen a estratos socioeconómicos deprimidos y que conviven en lugares donde hay alto grado de hacinamiento y falta de higiene (todos estos, factores de riesgo, según los informes médicos recibidos), no se encuentran en un grupo de alto riesgo.

Lo anterior es particularmente grave si se considera que durante el año pasado, se presentaron en la ciudad múltiples casos de meningitis bacteriana, que no han tenido asociación epidemiológica entre ellos, lo que permite pensar, tratándose de una patología de rápida evolución epidemiológica, que es urgente adelantar campañas de prevención e inmunización en grupos en los que concurren factores de riesgo. Como quedó establecido (ver *supra*, en antecedentes), uno de estos grupos está constituido por los niños que asisten a guarderías, que no tienen buenos sistemas inmunológicos o de defensa (debido entre otras cosas a su deficiente nutrición), y que conviven en condiciones de hacinamiento y falta de higiene.

28. Los informes médicos señalan que no existen investigaciones confiables a nivel nacional sobre el impacto y la localización de la enfermedad (datos cuantitativos sobre la incidencia de la enfermedad, zonas de mayor susceptibilidad etc.), los porcentajes de la población vacunada, las tasas de letalidad y la incidencia epidemiológica o la relación costo-efectividad de las vacunas existentes en el mercado. Esta información se encuentra acompañada del elocuente silencio del Ministerio de Salud en esta materia. Al parecer tampoco se han adelantado gestiones para obtener fondos adicionales que sirvan para hacerle frente a la enfermedad, como, por ejemplo, eventuales negociaciones con organismos internacionales (como el Fondo Rotatorio de la OPS) para la compra conjunta de vacunas. Por último, quedó establecido que no existen estudios sobre las distintas estrategias de vacunación, tales como el uso de dosis reducidas o el número reducido de dosis.

29. En síntesis, los hechos que deben ser tenidos en cuenta para dictar el fallo son los siguientes:

(1) Al momento de la instauración de la acción de tutela, las autoridades de salud no estaban implementando campañas articuladas de prevención o inmunización contra las

[34] Documento elaborado por el Doctor Juan Manuel Lozano.

bacterias habituales que producen la meningitis; (2) en el mercado existen vacunas eficaces contra los dos tipos más comunes de meningitis bacteriana, a pesar de que una de ellas sólo produce resultados seguros en niños mayores de 5 años; (3) en el país no se conocen estudios confiables sobre el impacto de la enfermedad, su localización, el porcentaje de la población inmunizada, las zonas de mayor riesgo, las tasas de letalidad y la incidencia epidemiológica o la relación costo-efectividad de las vacunas existente; (4) en los actores confluyen factores de riesgo que los convierte en un núcleo de población altamente susceptible de contraer la enfermedad; (5) se trata de familias de bajos ingresos, que no se encuentran afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por lo tanto, no gozan de subsidio alguno para la obtención de la vacuna; (6) el costo de la vacuna en el mercado, resulta desproporcionado en comparación con el nivel de ingresos de los actores;[35] (7) los síntomas de la enfermedad no son fácilmente diagnosticables y las secuelas son más graves entre más tarde se aplique el tratamiento médico. En consecuencia, puede afirmarse que un menor no cubierto por la red del sistema de salud, puede terminar sufriendo secuelas irreversibles y devastadoras; (8) en general, las secuelas de la enfermedad pueden ser de tal magnitud que tienen la virtualidad de transformar a una persona plenamente capaz en un incapacitado físico o psíquico permanente. Como se indica en los antecedentes, las secuelas más frecuentes de las meningitis bacterianas son las siguientes: (a) Reducción o pérdida de la función de órganos de los sentidos (hipoacusia, sordera, alteraciones visuales, ceguera etc.); (b) Reducción o pérdida de las funciones motoras (plejias o paresias) de una, dos o las cuatro extremidades; (c) Reducción o pérdida de las funciones intelectuales de diverso orden (aprendizaje, lenguaje, expresión corporal, entre otras); (d) Reducción o perdida de las funciones de control de esfínteres; (e) Crisis convulsivas de diverso tipo (epilepsias); (f) Reducción o pérdida de la circulación del líquido cefalorraquídeo, expresada en hidrocefalia de diversos grados; (g) Reducción o pérdida del tejido neuronal con formación de lesiones quísticas que reemplazan el tejido nervioso perdido.[36]

Análisis del caso concreto

30. Los menores en cuyo nombre se implora la realización de una acción positiva estatal consistente en la ejecución de un programa de vacunación contra una enfermedad que reviste una gravedad inusitada, constituye un grupo marginado y discriminado. La situación de penuria económica de sus padres y la falta de cobertura de los servicios de salud públicos y privados, los ha colocado dentro de la categoría de la población no focalizada para los efectos de la indicada vacunación. Mientras una parte sustancial de la población infantil, ya sea a través del sistema solidario o del contributivo, goza de la debida protección ante el riesgo que representa el contagio de los agentes patógenos portadores de la meningitis, los menores a que se ha hecho alusión no entran dentro del radio de seguridad que la sociedad y el Estado han creado para enfrentar la adversidad.

31. La existencia de una vacuna que previene la adquisición de una enfermedad tan severa como la meningitis, socialmente significa una conquista que habilita a una sociedad para controlar por lo menos una contingencia cuya realización tiene efectos devastadores sobre sus miembros. Las respuestas sociales que representan una mayor capacidad para controlar el entorno hostil que rodea la vida humana, adquieren la forma de bienes primarios que deben

---

[35] Según las pruebas practicadas por el Juez de instancia, una sola dosis de la vacuna, aplicada en centros de atención a población de escasos recursos, cuesta más de veinte mil pesos.

[36] Documento elaborado por el Doctor Jorge Mauricio Palau Castaño.

ser susceptibles de ser compartidos por todos, máxime cuando esto último entra en el mundo de lo posible por los adelantos que se alcanzan en la medicina y en la tecnología. La disponibilidad de una vacuna para reducir sustancialmente el riesgo de una enfermedad como la meningitis -cuyas características letales ya fueron descritas en los antecedentes-, en cuanto protege la vida y evita la incapacidad mental y física a ella asociada, se convierte para el niño en una necesidad básica. En efecto, la privación de la vacuna, particularmente si el menor se desarrolla en un ambiente de alto riesgo -como acaece en el caso concreto-, aumenta en un grado notable el riesgo de contagio de una enfermedad que puede terminar con su vida o transformarlo en incapaz. La pobreza de los padres y la falta de cobertura de los servicios públicos de salud, son para el niño variables que se encuentran fuera de su control. Se descubre fácilmente que, en estas condiciones, el niño a la vez que ignora su precariedad, objetivamente es un sujeto impotente ante un riesgo de una magnitud incalculable.

32. Probada la necesidad básica insatisfecha de un grupo discriminado, la carga de la explicación relativa al grado de cumplimiento institucionalmente posible del mandato constitucional de erradicación de la marginación y la discriminación, corresponde a la autoridad pública con responsabilidades en el área pertinente. En el presente caso, la evidencia existente sobre la atención dada a otros sectores de la población infantil, por parte del Ministerio de Salud, a través del sistema nacional de salud, pone de presente que la implementación de un programa de vacunación que alcance a cobijar a los niños en cuyo nombre se ha entablado la acción de tutela, en principio, no excede las capacidades técnicas y financieras del Estado. De otro lado, los informes presentados por el Ministerio de Salud, no aludieron a escasez de recursos económicos o técnicos que impidiese la extensión de los programas de vacunación. Tampoco de los informes cabe inferir que la administración se ha visto frente a obstáculos insalvables para atender la denunciada necesidad básica de esta parte de la población infantil desamparada. Por el contrario, en el nivel de la función administrativa, se advierte poca consciencia sobre la gravedad y la dimensión del riesgo que corren los menores. En este orden de ideas, el desplazamiento de la carga de la prueba de la diligencia en el cumplimiento del mandato de erradicación de la discriminación y la marginación, ubica en la administración una notable responsabilidad en la injusta generación de un riesgo que pesa sobre quienes no deben soportarlo.

33. El mandato constitucional a que se ha hecho mención sólo puede cumplirse en la medida en que las circunstancias legales y fácticas del país lo permitan. Dado que la autoridad pública responsable, no ha acreditado que la falta de satisfacción de una necesidad básica de un grupo marginado, que se vincula íntimamente con dicha condición social, ha obedecido a hechos objetivos que justifican la abstención del Estado o le brindan una explicación plausible, se mantiene la presunción de que la situación de abandono de los menores que afecta su derecho al mínimo vital se origina en una pasividad de su parte que se califica como discriminatoria.

34. Además de los argumentos expuestos, que inexorablemente conducen a la concesión de la tutela, la Corte agrega que los niños gozan del derecho fundamental a la salud y a la protección contra toda forma de abandono (C.P. artículo, 44). La deficiente cobertura del servicio de vacunación, en este caso, viola flagrantemente el derecho a la salud de los menores, ya que los expone injustamente al riesgo de contraer una enfermedad letal o de consecuencias nefastas. Librar, de otra parte, a los menores al riesgo indiscriminado del contagio de la meningitis, comporta una forma de abandono que carece de toda justificación.

Cómo quedó expresado en los fundamentos 10 a 17 de esta providencia, la prevalencia de los derechos de los niños, exige que sus necesidades vitales sean en todo momento atendidas

con prioridad. La lucha contra la erradicación de las injusticias que se expresan a través de la marginación y la discriminación debe, por tanto, comenzar con reducir los riesgos de contraer enfermedades graves que, con mayor intensidad, recaen sobre los hijos de las gentes más pobres del país. La probabilidad de acumular mayores desgracias, no puede ser el único patrimonio de los más desvalidos. Ningún niño puede ser excluido de su derecho a tener un buen futuro. La falta de vacunación contra enfermedades graves, es causa de muerte e incapacidad en los menores. La abstención del Estado, pierde todo sustento democrático y carece de legitimidad. La inacción estatal cercena vidas y frustra expectativas de bienestar y plenitud, garantizadas constitucionalmente. En estas condiciones, el juez constitucional, verificada como está una malversación o abuso de la competencia por parte de los órganos responsables, debe proceder a ordenar se ponga término a la abstención que traspone el umbral de lo intolerable en un Estado social de derecho.

35. La falta de una política estatal mínima, encaminada a evitar que los menores en situación de riesgo contraigan las bacterias causantes de meningitis, constituye una omisión grave que lesiona el núcleo esencial de su derecho fundamental a la salud.

En efecto, como quedó establecido, se viola el contenido esencial del derecho fundamental a la salud de los menores cuando el Estado, pudiendo evitar la afectación a la Salud, deja de hacerlo, generando una circunstancia de riesgo que de ninguna manera puede ser evitada o conjurada por el menor y que amenaza seriamente su vida, sus capacidades físicas o psíquicas o su proceso de aprendizaje o socialización.

36. Ahora bien, en este punto de la argumentación, resulta fundamental aclarar que la circunstancia de que el artículo 50 de la C.P., se refiera a los niños menores de un año para ordenar directamente la atención gratuita en todas la instituciones de salud que reciban aportes del Estado, según reglamentación que dicte el Congreso, no restringe en modo alguno el derecho fundamental a la salud de los niños, cuyo sujeto activo son "todos los niños", y no exclusivamente los menores de un año. Todo derecho fundamental, con mayor razón los que entrañan prestaciones a cargo del Estado, son susceptibles de desarrollo legal. La protección que debe extenderse a los niños menores de un año, ha llevado al mismo Constituyente a fijar un alcance a la cobertura en salud que no podrá el legislador desconocer. Concretamente, el derecho a recibir atención gratuita cobijará a los niños menores de un año y, de otra parte, ella se prestará aún por instituciones de salud privadas, siempre que reciban aportes del Estado. Se trata de fijar pautas mínimas a la función reguladora legal, lo mismo que de indicar una situación general en la que los particulares están llamados a convertirse en sujetos pasivos del derecho prestacional. Es evidente que el derecho fundamental a la salud de los niños, no se limita a las prestaciones que en el artículo 50 de la C.P., se precisan en relación con los infantes. Si como se ha demostrado, hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida y a la salud, la prestación preventiva estatal consistente en precaver a través de idóneos y eficaces programas de vacunación, que los niños no sufran enfermedades mortales o que dejen en ellos graves secuelas, resulta absurdo que la norma constitucional complementaria contenida en el artículo 50 de la Carta, se aduzca como limitante de estos dos derechos para los efectos de restringir sólo a los menores de un año la indicada prestación y, lo que es peor, para subordinarla aún en casos extremos como el analizado, a la previa reglamentación legal. No puede la Corte aceptar, porque es irrazonable, desproporcionado, falto de sindéresis y ayuno de toda humanidad, que los niños indigentes o cuyos padres carezcan de recursos suficientes, pese a enfrentar los riesgos derivados de enfermedades calamitosas y la abulia de la

administración pública sanitaria, no sean titulares del derecho subjetivo constitucional para exigir del Estado el cumplimiento de los deberes que el constituyente le ha impuesto de manera categórica en el artículo 44 de la C.P., cuyo núcleo esencial resulta inconcebible que lo haya limitado el mismo Constituyente en el artículo 50. En este último artículo, tratándose de los infantes, la Constitución se anticipa a la obra del legislador del Estado social y establece en su favor la cobertura mínima que debe recibir por parte del Estado y de las instituciones de salud privadas. Mutar el propósito loable de la norma -que complementa lo prescrito por el artículo 44 de la Carta-, y, en su lugar, interpretarla como limitante absoluta de los derechos de los niños mayores de un año, negando que forme parte del núcleo esencial de su derecho a la vida y a la salud, prestaciones tan esenciales como la vacunación que les sirve para conservar su vida, salud e integridad física y que no significan atención integral sino precisa y puntual, desconoce de manera radical la justicia constitucional que la Carta contempla con carácter general para todos los niños. El valor absoluto que la Constitución reconoce al niño, obliga al Estado a asistirlo y a protegerlo a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (C.P., artículo 44). Este deber se torna aún más exigente cuando la familia y la sociedad, como ocurre en este caso, no disponen de medios suficientes para satisfacer un género de necesidades tan básicas como el suministro de vacunas indispensables para conservar su vida y salud; en este evento el deber estatal subsidiario del inciso 2 del artículo 44 deviene principal. La existencia de un deber primario y directo del Estado frente a los menores de un año, no puede ser alegada como exoneración de dicha obligación una vez ella se configura. El anotado deber del Estado no se reduce a brindar su protección sólo a los menores de un año. Se pretende proteger a la niñez y garantizar las condiciones de reproducción vital y espiritual de la nación colombiana, lo que no se logra sólo atendiendo a los menores de un año.

37. En el presente caso, el Estado ha dejado de atender la necesidad básica insatisfecha de los menores, a pesar de que la misma está reconocida en una norma constitucional (C.P. artículo 44) y de que la omisión tiene como único resultado afianzar la condición de marginación en que viven los actores. La pasividad del Estado ante la marginación que sufren los niños de bajos estratos socioeconómicos, no se compadece con los deberes que le impuso a las autoridades públicas la consagración constitucional de un orden justo. Por supuesto, tampoco se compagina con el deber constitucional de proteger el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños.

38. En estos casos, le corresponde a la autoridad pública demostrar que ha actuado diligentemente en procura de la defensa de los mandatos constitucionales infringidos. Ciertamente, la inversión en la carga de la prueba se funda en un principio de equidad básico, pues la persona comprometida está en capacidad de demostrar las condiciones de marginación y menesterosidad en las que se encuentra pero, de ninguna manera, puede indicar o controvertir, los esfuerzos realizados por la autoridad concernida para resolver las circunstancias de indignidad a las que está indefectiblemente sometido.

En el presente caso, pese a que las autoridades sanitarias competentes fueron convocadas en dos oportunidades para participar en el proceso, no se aportó por ellas prueba alguna de la existencia de políticas públicas encaminadas a afrontar los riesgos a los que están sometidos los menores actores. Incluso, de los informes remitidos por los expertos consultados, puede claramente desprenderse que no hay, en este momento en el país, estudios confiables que permitan adelantar una política adecuada de salud pública en materia de meningitis.

39. Por las razones anotadas, la sentencia objeto de revisión será confirmada. La abstención del Estado, en este caso, viola el mandato constitucional de erradicar la marginación y la discriminación. De otra parte, quebranta el núcleo esencial de los derechos prestacionales de los menores en materia de salud.

40. La Corte no desconoce que las circunstancias de hecho que han sido consideradas para adoptar la presente decisión pueden variar, o que eventualmente pueden existir pruebas que demuestren que los menores que solicitan el amparo no se encuentran en riesgo de contraer la enfermedad. Sin embargo, la explicación de la autoridad a este respecto resultó claramente insuficiente y, en la duda, como ha sido tantas veces mencionado, el juez constitucional debe ordenar la protección del derecho fundamental presuntamente afectado.

41. Debe la Sala aclarar que los recursos destinados a satisfacer el contenido esencial del derecho a la salud de los menores en riesgo no pueden obtenerse reduciendo los rubros destinados a idénticos fines. En otras palabras, las campañas de inmunización contra la meningitis no pueden tener lugar gracias a la desviación de otros recursos que previamente habían sido destinados a cubrir otras patologías que, como la poliomielitis o el sarampión, amenazan el núcleo esencial del derecho a la salud de los menores. El Estado tiene la obligación constitucional de establecer una estructura mínima de sanidad para evitar contingencias dramáticas, conocidas y evitables, que amenazan el contenido mínimo no negociable del derecho a la Salud de los niños. Como quedó expresado, es esta una prioridad constitucional que los órganos políticos no pueden desconocer. En esta medida, es necesario que se obtengan fondos adicionales y no, simplemente, que se desplacen los recursos de un programa que tiende a la satisfacción de una necesidad básica constitucionalmente reconocida a otra con idéntica finalidad.

42. Por último, la Corte advierte que la ausencia de una política nacional de salud pública en relación con la meningitis bacteriana significa una grave omisión de las autoridades sanitarias. En efecto, conociendo el enorme riesgo al que se encuentran sometidos los menores y en atención al mandato constitucional que otorga una incuestionable prelación a los derechos fundamentales de los niños, nada justifica que no existan estudios confiables sobre la localización e incidencia de la enfermedad, el porcentaje y las zonas de población en riesgo, así como el porcentaje de población inmunizada, las tasas de letalidad, la incidencia epidemiológica o la relación costo-efectividad de las vacunas existentes. Tampoco puede justificarse que no existan programas nacionales de prevención, que no se hayan realizado ingentes esfuerzos para conseguir los recursos que permitan vacunar a la población en riesgo o que no se hubiesen investigado distintas alternativas de inmunización, como las que fueron mencionadas en otro lugar de esta sentencia. Todo ello pone de presente la necesidad que las autoridades públicas sean conscientes de las prelaciones constitucionales y asuman con vigor las obligaciones que les impone la Constitución Política.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR, en los términos de esta sentencia, la decisión del 17 de julio de 1997, proferida por el Juez 12 de Familia de Santa Fe de Bogotá D.C.

Segundo. LIBRESE comunicación al Juzgado 12 de Familia de Santa Fe de Bogotá D.C. con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado
–Con salvamento de voto–

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
–Con salvamento de voto–

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
–Con salvamento de voto–

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA SU-225
mayo 20 de 1998

DERECHOS COLECTIVOS-No acreditación condición de procedencia extraordinaria de tutela (Salvamento de voto)

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Ordenes del juez de tutela no sustituye cumplimiento y ejecución de leyes por las autoridades (Salvamento de voto)

DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA SALUD-Aplicación (Salvamento de voto)

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Desarrollo legislativo (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-140800.

Acción de tutela instaurada por Sandra Clemencia Pérez Calderón y otros contra el Ministerio de Salud y la Alcaldía de Santa Fe de Bogotá, D. C., Secretaría Distrital de Salud.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Con el debido respeto, los suscritos Magistrados se permiten hacer constar las razones por las que disienten de la decisión de la mayoría en el proceso de la referencia.

En el fallo SU-225/98, la mayoría se apartó de la doctrina constitucional reiterada por esta Corte, sin aclarar si adopta como nueva jurisprudencia de la Corporación, los cambios que introdujo en esta oportunidad sobre los siguientes asuntos:

a) en esta sentencia se trata, sin duda alguna, de un derecho colectivo, el derecho a la salud de los niños de Puente Aranda, y la regla general es que la tutela no procede para amparar esa clase de derechos;

b) la excepción a esa regla general, establecida por la doctrina reiterada hasta hoy como condición de procedibilidad extraordinaria de la tutela para la defensa judicial de derechos colectivos (que alguno de los miembros de la clase o grupo titular del derecho colectivo haya sufrido daño o se encuentre en peligro inminente de sufrirlo)[1], no se acreditó en este caso;

---

[1] *"Pero, en la tutela la constatación debe ser para cada persona individualmente considerada, el solo hecho de integrar una comunidad no es presunción de la violación, podrá serlo para una acción popular, pero no para una acción de tutela. Luego, sólo prosperará la tutela respecto de las personas que, con base en el expediente, demuestren que además de integrar la comunidad han sido afectadas"* (Sentencia T-574/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero, subraya fuera del texto).

"Es menester que ante el juez se pruebe la existencia de un daño o amenaza concreta de derechos fundamentales, la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, que afecta tanto los derechos colectivos como los fundamentales de una persona o grupo de personas, y un nexo causal o vínculo, cierta e indudablemente establecido, entre uno y otro elemento. De lo contrario, no procede la acción de tutela". SU-257/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

c) el fallo de revisión y, por ende, el que éste confirma, contrarían la doctrina de la Corte sobre la improcedencia de la tutela para perseguir la ampliación de las acciones exigibles al Estado para hacer efectivos los derechos prestacionales, puesto que la vía constitucional para lograr tal resultado es la participación democrática de los ciudadanos;

De otra parte, cabe preguntar: ¿qué significa que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás? Es plausible afirmar que esa prevalencia indica que, en caso de conflicto de los derechos de los menores con los de los mayores, el juez de tutela debe hacer que aquéllos priven sobre éstos; pero no puede significar, como se desprende del fallo del que nos apartamos, que todos los derechos de los menores -incluídos los colectivos y prestacionales-, sean inmediatamente exigibles.

En la sentencia referida se ignora la diferencia esencial que media entre *right* y *policy,* para expresarlo en términos de Dworkin. Es decir, entre lo que son políticas consignadas en la Carta y que claman por un desarrollo legislativo o reglamentario y los derechos subjetivos imputables específicamente a un sujeto y que, en tanto tales, son directamente exigibles mediante instrumentos jurídicos como el amparo.

Es claro que los niños de Puente Aranda son titulares del derecho a la salud, y que la administración distrital está obligada a adoptar una política orientada a hacerlo efectivo; pero los menores de los demás barrios del Distrito Capital y de los demás municipios del país, donde la pobreza es igual o peor, son también titulares de ese derecho. Es claro para nosotros que, en procura de evitar a uno y otro grupo de menores las consecuencias de la meningitis, deben actuar las autoridades municipales y distritales; pero deben hacerlo acatando y ejecutando las leyes vigentes sobre la materia, que no pueden ser sustituidas por las ordenes del juez de tutela.

Al respecto, debemos señalar que si se atiende a la Carta Política vigente, el derecho a la salud de los niños (C.P. artículo 44), siendo un derecho de prestación como lo reconoce la mayoría en su decisión, sólo puede constituír *per se* un derecho fundamental de aplicación inmediata (consideración 10, páginas 28-29 de la sentencia SU-225/98), en los términos del artículo 50 Superior; en lo demás, queda sometido a la doctrina constitucional unificada por esta Corporación en la sentencia SU-111/97[2], según la cual:

> *"La actualización concreta del Estado social de derecho, corresponde a una exigencia que se impone constitucionalmente a los titulares de las distintas funciones del Estado y que abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicos. Un papel destacado, sin duda, se reserva a la ley. No se ve cómo pueda dejar de acudirse a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado social de derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa.*

[2] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

"No puede, por consiguiente, pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. A lo anterior se agrega la necesidad y la conveniencia de que los miembros de la comunidad, gracias a sus derechos de participación y fiscalización directas, intervengan en la gestión y control del aparato público al cual se encomienda el papel de suministrar servicios y prestaciones.

"El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social remiten a un contenido prestacional que no es ajeno a la conservación de la vida orgánica. No obstante, los mencionados derechos sociales, por esta razón, no se convierten en derechos fundamentales de aplicación inmediata. El derecho a la vida protegido por el artículo 11 de la C.P., comprende básicamente la prohibición absoluta dirigida al Estado y a los particulares de disponer de la vida humana y, por consiguiente, supone para éstos el deber positivo de asegurar que el respeto a la vida física sea el presupuesto constitutivo esencial de la comunidad. Esta faceta de la vida, bajo la forma de derecho fundamental, corresponde a un derecho fundamental cuya aplicación no se supedita a la interposición de la ley y puede, por lo tanto, ser amparado a través de la acción de tutela (subraya fuera del texto).

"Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

"Particularmente, en el caso del juez, la realidad del proceso le ofrece una verdad circunscrita a un caso concreto. Al margen de la ley, la justicia económica y social que innovativamente aplique el juez y que se traduzca en prestaciones materiales a cargo del Estado, no podrá amparar a todos los que se encuentran en la misma situación del actor y, en todo caso, desconocerá siempre su costo final y las posibilidades de sufragarlo. La justicia material singular que afecta el principio de igualdad, dentro de una visión general, y que, por otra parte, soslaya el principio democrático y pretermite los canales de responsabilidad política dentro del Estado, no es exactamente la que auspicia el Estado social de derecho ni la que va a la postre a establecerlo sobre una base segura y permanente. La función de reparto y distribución de bienes, que se traducen en gasto público, en una sociedad democrática, originariamente corresponde al resorte del legislador, de cuyas decisiones básicas naturalmente se nutren las consiguientes competencias administrativas y judiciales (subraya fuera del texto).

"La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político. La dimensión del Estado social de derecho, en cada momento histórico, en cierta medida, es una variable de la participación ciudadana y de su deseo positivo de contribuir al fisco y exigir del Estado la prestación de determinados servicios.

"No puede olvidarse que el Estado servicial corresponde a la misma comunidad políticamente organizada que decide atender y gestionar materialmente ciertos órdenes de la vida colectiva, para lo cual sus miembros conscientemente deben asumir las cargas respectivas y la función de control y fiscalización. El Estado social de derecho que para su construcción prescinda del proceso democrático y que se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino (Subraya fuera del texto).

"De otro lado, corresponde a las leyes organizar y regular los servicios y prestaciones económicas y sociales a cargo del Estado y, para el efecto, disponer los procedimientos que sean necesarios para acceder a los mismos y para defender los derechos de los titulares. Dentro de cada ámbito prestacional, independientemente de su naturaleza y forma de funcionamiento, la ley debe desarrollar mecanismos de participación de los ciudadanos dirigidos a su control y fiscalización por parte de los ciudadanos.

"Ciertamente todos los derechos constitucionales presuponen, en mayor o en menor grado, prestaciones a cargo del Estado y se proyectan en el plano de los principios objetivos del ordenamiento desde el cual las autoridades y los miembros de la comunidad reciben sus orientaciones de sentido más fundamentales y vinculantes. Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal -en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado-, extremo éste que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial (subraya fuera del texto)".

El "desarrollo de la teoría del derecho al mínimo vital" que incluye la sentencia SU-225/98, parte entonces de ignorar que el artículo 44 de la Carta Política tiene su desarrollo legislativo en regímenes tales como el Código del Menor y la regulación de la prestación de servicios de salud y saneamiento ambiental, entre otros aspectos expresamente asignados por el Constituyente al legislador. Pretermitir la intervención del legislador en la concreción de las políticas de salud implícitas en la Carta, reemplazándola mediante la ampliación del derecho consagrado en el artículo 50 Superior para los menores de un año, es una actuación contraria al principio democrático, sobrepasa con mucho los compromisos internacionales de Colombia, y con ella se extralimitó esta Corporación en el ejercicio de las competencias que le corresponden como Tribunal Constitucional.

Fecha *ut supra.*

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA SU-225
mayo 26 de 1998

Referencia: Expediente T-140800.

Magistrado Ponente: Doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Con el respeto debido por la decisión mayoritaria, adoptada por la Sala Plena de la Corporación en el asunto de la referencia adhiero al salvamento de voto consignado por los magistrados Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

Fecha *ut supra*,

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

SENTENCIA SU-250
mayo 26 de 1998

DERECHO AL TRABAJO-No es absoluto

NUCLEO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL-Definición

DERECHO AL TRABAJO FRENTE A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES-Facultad de desarrollar una labor remunerada

REINTEGRO AL CARGO-Improcedencia general de tutela

La tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación/**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA**-Motivación del acto

Hoy en nuestro país, en la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209. La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de

justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. Pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático. La publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse, porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso.

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación concomitante y posterior

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación como requisito de validez

DECLARACION DE INSUBSISTENCIA EN EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-No motivación

FUNCION NOTARIAL-Es técnica/**PRINCIPIO DE LA BUENA FE**-Incorporación de la confianza legítima/**NOTARIOS EN INTERINIDAD**-Desvinculación por incumplimiento de deberes o por concurso

El cargo de Notario, sea de carrera, en propiedad o en interinidad, no está expresamente señalado dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción; y no puede estar porque la función notarial es eminentemente técnica y esta circunstancia es la antítesis del libre nombramiento y remoción. Además, el Notario, aún el interino, no puede quedar al vaivén de los intereses politizados o personales del nominador. El Notario designado, así sea en interinidad, goza de una expectativa, solo podrá ser desvinculado, si no cumple con sus deberes y cuando la designación se haga por concurso. Una de las razones que justifican la anterior afirmación, está contenida en la figura de la confianza legítima, íntimamente ligada al principio de la buena fe. Esa confianza legítima, derivada de la buena fe, es un mecanismo válido para evitar el abuso del derecho. Es decir, hay que enfatizar que solo por concurso o por incumplimiento del deber se altera la permanencia de un Notario que desempeñaba sus funciones en interinidad. Lo contrario, desvincularlo sin estas razones, iría en contra de la buena fe y de la confianza legítima. Pero, no se puede ir al otro extremo de considerar que automáticamente todos los Notarios son inamovibles.

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD-Nominación y retiro de los servidores públicos

NOTARIOS EN INTERINIDAD-Alcance del derecho a permanencia/**FUNCION NOTARIAL**-Interés general

Respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente:

como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio. Por supuesto que, una vez hecho el concurso, se procederá a nombrar a quien lo gane. El interés general es un principio fundante y es también principio de la función pública por eso, cuando se afecte ese interés general puede haber retiro del interino; y esa afectación del interés general debe expresarse en la motivación del acto administrativo. Este es el alcance de la permanencia para los interinos mientras se hacen los nombramientos en propiedad previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL POR NO CONVOCACION A CARRERA NOTARIAL/CARRERA NOTARIAL-Organismo que la administra

NOTARIOS EN INTERINIDAD-Retiro debe ser motivado/**EMPLEADOS DE CARRERA**-Retiro debe ser motivado

Necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción; salvo los empleados que tienen el estatutos de libre nombramiento y remoción. Los Notarios en interinidad no se pueden calificar como de libre nombramiento y remoción. Hoy el nombramiento de Notario debe hacerse en propiedad mediante concurso. El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire. Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro.

DEBIDO PROCESO EN ACTO ADMINISTRATIVO-No motivación retiro de un cargo

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia. Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional. El artículo 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio audiatur et altera pars, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el artículo 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

DERECHO DE DEFENSA EN ACTO ADMINISTRATIVO-No motivación del retiro de una persona del cargo

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance

El Estado le debe a la persona, como derecho prestacional, el derecho a un proceso justo y adecuado, es decir, que antes de privar a alguien de un bien jurídico debe haber

una actuación del Estado que nunca puede implicar restricciones a los derechos fundamentales. Esto significa una muralla a los abusos que puede cometer la administración. En otras palabras, el debido proceso también apunta hacia la erradicación de la arbitrariedad, para impedir que se obstaculice la defensa en el proceso.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-No motivación acto de retiro del servicio

Referencia: Expediente T-134192.

Procedencia: Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Accionante: María Duque de Valencia.

Temas: Subsidiariedad de la tutela.

Principio constitucional de publicidad.

Motivación de los actos administrativos.

Motivación concomitante y motivación posterior.

El interés general de la función notarial.

El principio de imparcialidad en la nominación y retiro de los servidores públicos - confianza subjetiva y objetiva-.

Estado de cosas inconstitucional por la no convocatoria a concursos en el caso concreto de los notarios.

El debido proceso y el derecho a defensa en el acceso en la justicia.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por su Presidente Vladimiro Naranjo Mesa y por los magistrados Drs. Carmenza Isaza de Gómez, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Susana Montes Echeverry (Conjuez), Fabio Morón Díaz, y Alejandro Martínez Caballero, como ponente, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela instaurada por Margarita María Duque de Valencia contra el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho.

HECHOS

1. El 9 de julio de 1993 se creó la Notaría 25 del Círculo de Medellín (Decreto 1322 de tal año) y El 3 de septiembre de 1993 se nombró como Notaria de ese Círculo a la Doctora Margarita María Duque de Valencia quien entró a desempeñar el cargo el 30 de noviembre.

El nombramiento expresamente decía: "*mientras se provee el cargo en propiedad mediante concurso*". La verdad es que el último concurso para Notarios en Colombia se

efectuó el 24 de febrero de 1986, y después no hubo más, porque se argumentó que había desaparecido el Consejo Superior de la Administración de Justicia que lo controlaba, (Decreto 2163 de 1970), y que al actual Consejo Superior de la Judicatura no se le fijó competencia referente a la convocatoria de concursos para Notarios. Por ello, se afirma en la solicitud de tutela, que aún no se ha convocado a concurso para ocupar en propiedad dicha Notaría 25 de Medellín, luego, según la solicitante, debería ella continuar en el cargo.

2. Una vez posesionada la Doctora Duque de Valencia nombró las personas que le irían a colaborar en el desempeño de su cargo.

En 1996 fue catalogada tal Notaría "como modelo para la organización notarial del país". En el expediente hay abundante prueba de que la señora Duque de Valencia mantuvo la Notaría en forma destacable y que el Fondo Nacional de Notariado seleccionó el 19 de junio de 1996 a dicha Notaría como pionera para el programa "software notarial".

Entre las muchas manifestaciones que señalan la eficiencia de la recién creada Notaría 25 en cabeza de Margarita Duque de Valencia, se tiene:

Gerardo Gómez Mora, Gerente General de Bien Raíz (*"los clientes nuestros... decían que valía la pena el desplazamiento desde el Poblado" para ser atendidos en la Notaría 25*);

Ana Lucía Arango, representante de San Cipriano S.A. (*"conocedores de la capacidad de la Doctora Margarita María Duque de V., nos trasladamos a dicha Notaría dejando a un lado las otras Notarías con que siempre veníamos trabajando"*);

Francisco León Muñoz, gerente de F.M. Constructores (*"utilizamos los servicios de la Notaría 25 en la ciudad de Medellín; siendo éstos de excelente calidad"*);

Tulio Gómez, gerente de Londoño Gómez (*"su atención a nuestros clientes, la información requerida suministrada a tiempo y gran cortesía" son las características de Margarita Duque de Valencia*);

Fernando Correa, Presidente de La Regional (*"eficacia y profesionalismo inigualable" en dicha Notaría*);

Rafael Villa Moreno, Presidente de Noel (*"excelente y oportuno servicio"*);

Fernando Duque, Presidente de Inmobiliaria Suramericana (*"el mejor de los servicios notariales"*);

Juan Guillermo Londoño, representante de Ramón Hache (*"total transparencia, honestidad, dedicación, elegancia y delicadeza en el manejo de los asuntos"*);

Luis Botero, asesor legal de ACES (*"durante el término durante el cual se desempeñó como Notaria la Doctora Duque de Valencia, no utilizamos ningún otro servicio notarial de la ciudad"*);

Alvaro Martínez, Presidente suplente de ACES, en igual sentido;

Rafael Echavarría, gerente de Bensa (*"La Notaría 25 un modelo de empresa"*);

José González, gerente de Promotores (*"calidad del servicio que siempre encontramos"*);

Leonardo Uribe, vicepresidente del BIC (*"competencia y honestidad de la Doctora Margarita Duque"*);

En similar sentido se pronunciaron los representante legales de Sotoverde, Alta, Ediastorga, Promotora Centro de Trabajo.

3. El 20 de febrero de 1997, mediante decreto 403, Margarita María Duque de Valencia fue retirada del cargo, sin motivación alguna, siendo reemplazada por el Doctor Roberto Elías Cano, nombrado también en interinidad.

4. El 14 de marzo de 1997 la mencionada señora, por medio de apoderado instauró la tutela contra el Gobierno Nacional y contra el Ministerio de Justicia. No se dirigió contra Roberto Elías Cano porque en la solicitud se indicó que él se encontraba desempeñando la Notaría 2ª de Yarumal y que "hasta el momento" de instaurarse la tutela, la solicitante Duque de Valencia todavía "desempeñaba" la Notaría 25 de Medellín. En efecto, sólo hasta el 20 de marzo se posesionó el Doctor Cano.

5. Se dice en la tutela que el retiro se debió a represalia política porque María Margarita Duque de Valencia es cuñada de Fabio Valencia Cossio, ex Presidente del Directorio Nacional Conservador y que la persona designada en interinidad para reemplazarla es un conocido seguidor del partido de gobierno. Es hecho público que el Doctor Valencia Cossio era por aquel entonces Presidente de dicho Directorio.

6. Por otro lado, existen pruebas que arrojan datos sobre el hecho de que la solicitante llenaba suficientemente los requisitos para ocupar una Notaría de primera clase, pero no hay prueba de que lo devengando en este cargo se había constituido en elemento único para el "mínimo vital" de la existencia de la señora Duque de Valencia; es más, ni siquiera en el petitorio de la tutela se hace insinuación en tal sentido.

7. Las peticiones hechas en la tutela fueron las siguientes:

> *"1. Que se ordene al Gobierno Nacional, en cabeza del presidente de la República y el Ministerio de Justicia y del Derecho, la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad y el trabajo de mi poderdante, y en tal virtud se le ordene revocar el Decreto 403 del 20 de Febrero de 1997, mediante el cual se decidió retirarla del servicio y nombrar para el cargo que ella venía ocupando al Doctor Roberto Elías Cano Zuleta.*
>
> *2. En subsidio de lo anterior, pido que, para tutelar los mismo derechos, se ordene al Gobierno Nacional, así integrado, que suspenda la ejecución de dicho Decreto mientras se decida sobre su validez en la vía contencioso administrativa.*
>
> *En subsidio de las anteriores peticiones, solicito que se tutele el derecho fundamental de mi poderdante al debido proceso y se le ordene al Gobierno Nacional, constituido como queda dicho, que suspenda la ejecución del Decreto referido y lo adicione, expresando los motivos reales que determinaron el retiro del servicio notaria de la Doctora Margarita María Duque de Valencia y la designación del Doctor Roberto Elías Cano Zuleta para reemplazarla, otorgándole a aquélla los recursos por la vía gubernativa que procedan contra el acto que ordena su desvinculación".*

Los derechos que en la solicitud se dice fueron violados son los consiguientes: Igualdad, trabajo y debido proceso.

8. Se agrega: Hay prueba de la presentación ante lo contencioso administrativo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la cual no solamente se pide el reintegro al cargo sino también que "se condene a la Nación a pagarle a la Doctora Margarita María Duque de Valencia el daño emergente, el lucro cesante y los perjuicios morales sufridos por ella en razón de su desvinculación ilegal del cargo."

9. Sentencia de primera instancia:

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, el 7 de abril de 1997, concedió la tutela. Estas fueron algunas de las consideraciones expresadas por el *a quo*:

"La Doctora Margarita María Duque de Valencia fue nombrada en interinidad para desempeñar el cargo de Notaria veinticinco del circulo de Medellín "mientras se provee el cargo en propiedad mediante concurso". Es decir que no se le señaló término alguno para el ejercicio de su cargo, y solo se le impuso como limitante a su permanencia en el cargo el nombramiento en propiedad de aquél funcionario que hubiere ganado el derecho a ejercer el cargo en concurso abierto al público.

El Decreto 403 del 20 de Febrero de 1997 no menciona los motivos por los cuales se decide el cambio de la Doctora Duque para reemplazarla por otro funcionario en igualdad de condiciones, porque éste tampoco reunía las exigencias legales necesarias por no haber concursado y ganado éste. Es decir, se le prefirió, en igualdad de condiciones, por sobre quien venía ocupando el cargo, vulnerando la igualdad que debe imperar en la actuación pública, y mandada por la Constitución."

Además, agregó el Tribunal:

"La inmotivada exclusión de un proceso de sustitución de funcionarios de la Notaria, sin observar el debido proceso, de la Doctora Margarita María Duque de Valencia que previamente ocupaba el cargo, y que lo ha hecho durante varios años, es injusta e inconstitucional, pues desconoce el esfuerzo de ella como funcionaria, despojó del trabajo a quien deriva del mismo el sustento personal y familiar, y, además, resultó tan excesivamente gravosa la decisión que ella equivale a una pena impuesta por motivos ocultos y silenciosos dignos de las mas oscuras épocas de represión y despotismo.

El Decreto 960 de 1970 establece que los notarios pueden ser de carrera o de servicio y desempeñar el cargo en propiedad, en carrera o por encargo.

Para desempeñar el cargo en propiedad se requiere el lleno de los requisitos legales, y, además, haber concursado y ganado éste, adquiriendo el titular el derecho a permanecer en el cargo sin ser suspendido ni destituido sino en los casos y con las formalidades que determina el mismo Decreto 960.

En cambio, el nombramiento será en interinidad, según lo señala el artículo 148 de la misma norma antes citada en los siguientes casos:

1. Cuando el concurso sea declarado desierto, mientras se hace el nombramiento en propiedad

2. Cuando la causa que motive el encargo se prolongue más de tres meses, mientras ella subsista o se hace la designación en propiedad.

Durante el respectivo período, los interinos que reúnan los requisitos legales exigidos para el cargo, tienen derecho de permanencia mientras subsista la causa de la interinidad y no se provea el cargo en propiedad; los demás podrán ser removidos libremente.

El Decreto 1737 del 3 de septiembre de 1993 estableció en sus considerandos que como "... mediante Decreto número 1322 de Julio 9 de 1993 el Gobierno Nacional creó la Notaría veinticinco del círculo de Medellín (Comuna 11 denominada Laureles -Estado), Antioquia.

"Que se hace necesario designar Notario veinticinco del círculo de Medellín, Antioquia, ***en calidad de interino mientras se provee el cargo en propiedad mediante concurso"****, y por lo tanto para ello nombró a la* ***Doctora*** *Margarita María Duque de Valencia, haciendo claridad en que permanecería en el cargo* ***"mientras se provee el cargo en propiedad mediante concurso"****.*

Como no se ha dado el concurso, como la Doctora Duque no ha renunciado a su derecho a la permanencia, como se conservan los motivos que originaron el encargo, como el nombramiento del Doctor Roberto Elías Cano Zuleta fue en provisionalidad, entonces se ha de considerar que es viable la petición que formula la tutelante en el sentido de que se suspendan los efectos del acto administrativo que ordenó el retiro del servicio de la Doctora Margarita María Duque de Valencia como Notaria Veinticinco del círculo de Medellín, y nombró en su reemplazo al Doctor Roberto Elías Cano Zuleta, porque con ello se están violando los derechos a las igualdad, al trabajo y al debido proceso, como quedó establecido anteriormente."

10. En segunda instancia, la Sala Plena Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de mayo de 1997, revocó la decisión del *a quo* con esta explicación:

"Sobre el asunto bajo examen es pertinente precisar que esta Corporación ha sostenido que de conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591, para la prosperidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, no solo basta afirmar que con la misma se persigue evitar ***un*** *perjuicio irremediable, sino que debe probarse los supuestos de hecho necesarios para inferir, razonablemente, la existencia de éste. El incumplimiento de esto último origina el fracaso de la petición, porque el sentenciador carece de los soportes básicos estatuidos en la ley para la reclamación del aludido perjuicio".*

Agrega la sentencia que la peticionaria tiene otros medios de defensa judicial. Por todo ello, la tutela no prosperó. Sea de advertir que con ocasión del fallo de primera instancia la solicitante fue reintegrada, pero, al ser revocada la decisión, se reintegró el Doctor Cano a la mencionada Notaría y la Doctora Margarita Duque de Valencia quedó definitivamente retirada del servicio.

11. Auto de nulidad y procedimiento posterior

El 11 de noviembre de 1997, se ordenó poner en conocimiento del Doctor Elías Cano (quien reemplazó a la Doctora Margarita María Duque de Valencia) la nulidad consistente en no habérselo citado, al tramitarse la tutela, pese a que era un tercero que podría quedar afectado por la decisión. El Doctor Cano no allanó la nulidad y por eso el 16 de enero de 1998, el *a quo*, Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del 19 de marzo de 1997.

El 28 de enero de 1998 se profirió nuevamente la sentencia de primera instancia y tuteló ordenando reintegrar al cargo de Notaria 25 del Circulo de Medellín a la Doctora Duque Valencia, hasta tanto la jurisdicción contencioso-administrativa resuelva la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que allá se instauró.

El 6 de febrero de 1998, el *a quo*, a petición de la solicitante de tutela, suspendió por un mes el cumplimiento de lo concedido, mes que se contaría a partir de la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

Pocos días antes, el 2 de febrero, el Presidente de la República había expedido el Decreto 230 de 1998 reintegrando a Margarita María Duque de Valencia al cargo de Notaria 25 de

Medellín, pero no se ha concretado el reintegro por la suspensión ordenada por el Tribunal el mencionado 6 de febrero de 1968.

El 11 de febrero se concedió la impugnación contra el fallo de primera instancia.

La Corte Suprema de Justicia, el 19 de marzo de 1998, revocó el fallo de primera instancia y declaró improcedente la tutela impetrada por Margarita María Duque de Valencia.

Estas fueron las principales razones para sustentar la decisión:

> *"Sobre el asunto bajo examen, es pertinente precisar que esta Corporación ha sostenido que de conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591, para la prosperidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio no solo basta afirmar que con la misma se persigue evitar un perjuicio irremediable, sino que debe probarse los supuestos de hecho necesario para inferir, razonablemente, la existencia de éste. El incumplimiento de esto último origina el fracaso de la petición, porque el sentenciador carece de uno de los soportes básicos estatuidos en la ley para la reclamación del aludido perjuicio.*
>
> *La compilación probatoria acredita que el Presidente de la República y el Ministro de Justicia en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales en su condición de nominadores, expidieron el Decreto 403 de 20 de febrero de 1997 para retirar del servicio público de notaria a la demandante, de donde fluye con claridad que se trata de un acto administrativo contra el que proceden las acciones y recurso legales ante la autoridad competente, vía judicial que le garantizaría la preservación de los derechos reclamados.*
>
> *De lo planteado precedentemente y dado que la peticionaria tiene otros medios de defensa judicial para buscar lo pretendido, no procede la acción de tutela en ninguna de sus formas y por consiguiente se revocará la providencia impugnada para negar las pretensiones."*

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Plena de la Corte Constitucional para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución en armonía con los artículos 33, 35, y 42 del Decreto No. 2591 de 1991. Además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento y de la decisión de esta Corporación de fallarse la tutela en Sala Plena.

B. TEMAS JURIDICOS PARA EL CASO CONCRETO

La solicitud está orientada a la protección de los derechos fundamentales constitucionales de la igualdad y el trabajo, que se dice han sido vulnerados en el presente caso, por lo cual la solicitante cree que debe ser reintegrada al cargo de Notaria 25 de Medellín. También se afirma que se violó el debido proceso porque no se expresaron los motivos reales de la desvinculación impidiéndose así la formulación de recursos contra el acto administrativo. Entonces, habrá que dilucidar en lo sustantivo dos aspectos: la relación de los derechos de igualdad y del trabajo frente a la permanencia en el cargo, y en cuanto al debido proceso, hay que ver si hay afectación de éste por no motivarse una decisión de retiro. En lo adjetivo hay que considerar si existe otra vía judicial para lograr el reintegro, porque, como es sabido, en la tutela impera el principio de la subsidiariedad.

1. El derecho al trabajo y el derecho a la igualdad frente al retiro

1.1. Se harán algunas precisiones sobre el tratamiento constitucional del derecho al trabajo.

Está por un lado el derecho al trabajo como derecho subjetivo (artículo 25 C.P.) y por otro lado la política de empleo ("*El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar*", artículo 54 C.P.) que constituye un derecho programático; son dos aspectos muy diferentes.

Por el contrario, son normas concordantes el artículo 53 C.P. sobre estabilidad en el empleo y el 125 C.P. que liga la estabilidad de los servidores públicos a la carrera administrativa. Clarificar es necesario para comprender el alcance de la permanencia en el trabajo.

En la sentencia T-047/95, (Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa) se indicó que todo derecho, así sea fundamental, es limitado y por consiguiente el derecho al trabajo no supone una expectativa absoluta; en la misma sentencia se hizo referencia al derecho de igualdad en relación con el trabajo; luego es un antecedente jurisprudencial que informa con seriedad el caso que se resuelve en la presente tutela. Este es el criterio expresado por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada:

> *"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[1]".*

1.2. Como la jurisprudencia transcrita plantea la inalterabilidad del NUCLEO ESENCIAL de un derecho fundamental, es indispensable ver en qué consiste, según la jurisprudencia, tal núcleo esencial:

> *"... 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*

[1] Sentencia Nº T-044/95

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 jurídico-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"[2].

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[3]*".*

Y en la T-047/95:

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.[4]*"*

1.3. En este último fallo se analizó además la relación entre trabajo e igualdad:

"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 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. 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

---

[2] Sentencia No. T-426/92, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[3] Sentencia No. T-002/92, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

[4] Sentencia T-047/95, Magistrado Ponente Dr.Vladimiro Naranjo Mesa.

demás, implicando una especie de discernimiento 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.[5]

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".

1.4. Pues bien, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. En reciente sentencia se analizó uno de los excepcionales ejemplos en que hay propiamente estabilidad absoluta:

"Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (C.P. artículo 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (C.P. artículo 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos "es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión.[6]*"*

---

[5] Abel Naranjo Villegas, "*Filosofía del Derecho*". Edit. Temis. Bogotá, 1990.

[6] Sentencia T-427 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 7. Ver igualmente la sentencia T-441 de 1993. M.P. José Gregorio Hemández Galindo.

En ese mismo orden de ideas, la Corte considera que, por las razones largamente expuestas en los fundamentos anteriores de esta sentencia, la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Así, el ordinal segundo del artículo 11 de la mencionada Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad.[7]"

En conclusión, no se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.

Ahora se analizará si el reintegro puede caber o no como mecanismo transitorio, es decir, cuándo se dan los requisitos indispensables para que exista el perjuicio irremediable, base de dicho mecanismo transitorio.

2. La subsidiariedad en la tutela

La misma solicitante reconoce que existe otro procedimiento para reclamar el reintegro, se trata de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se tramita en la jurisdicción contencioso administrativa, y ya se presentó dicha demanda en el presente caso, luego hipotéticamente sólo se aceptaría la tutela como mecanismo transitorio si hay un perjuicio irremediable. Por consiguiente hay que analizar este tema. La Corte ha dicho:

"Si la acción de tutela se otorga como mecanismo transitorio, debe existir un perjuicio irremediable. Por ello, la Sala considera importante recordar los elementos del mismo:

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

[7] Sentencia C-470/97, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

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

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

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

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas"[8].

Tal jurisprudencia será determinante cuando se examinen las peticiones en el caso concreto de la tutela por definir en este fallo.

---

[8] Corte Constitucional. Sentencia Nº T- 225/93 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

3. La importancia de la motivación de los actos administrativos

Hoy, la desvinculación de una persona del cargo que venía ocupando exige un acto administrativo motivado?

En otras palabras, genéricamente se puede concebir un acto administrativo sin expresión de su causa jurídica?

3.1. Planteamiento histórico y teórico del tema:

La motivación de los actos administrativos es una elaboración relativamente actual. En el antiguo régimen español no se exigía ni siquiera para las sentencias judiciales porque la motivación se consideraba incompatible con el prestigio de la autoridad (Novísima Recopilación, Libro XI, Título XVI, Ley VIII, que se proyecta en la Legislación Indiana). En el sistema Napoleónico imperial se consideraba innecesario motivar expresamente los actos administrativos. Esas posiciones llevaron al reconocimiento de la discrecionalidad para una buena cantidad de actos administrativos, (p. ej. en el caso de algunos nombramientos y retiros de funcionarios públicos). Pero, ante los abusos por la no exigencia de motivación, dice Gaston Jéze que el mismo "*derecho público francés ha sido constantemente modificado, después del siglo XIX, incluyéndose restricciones y limitaciones cada vez más severas y estrictas*".[9] A su vez, en el derecho administrativo español, a finales del siglo pasado la motivación se consagró por primera vez en la ley de Bases del Procedimiento Administrativo el 19 de octubre de 1889. Pero fueron tímidas exigencias.

Más fuerte fue la crítica respecto a la discrecionalidad que hizo Eduardo García de Enterría, al decir: "*Particularmente importante es la exigencia de motivación de los actos discrecionales, que ha establecido la nueva LPC, corrigiendo en este punto con acierto el antiguo artículo 43 LPA, que la omitía*"[10].

El planteamiento de que la discrecionalidad no se puede confundir con la arbitrariedad está magníficamente expresado en el libro "Estudios sobre la Constitución Española", en la intervención de Tomás Ramón Fernández:

> *"La nueva construcción a que aludo tiene que partir necesariamente del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 in fine, de la Constitución, principio cuya articulación técnica es también tributaria de la obra de García de Enterría (68).*
>
> *En su significación más primaria, el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo -mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que lo sostiene.*
>
> *Discrecionalidad no es arbitrariedad, como insisten en afirmar de un modo sistemático ya las Ss. de los Tribunales cualquiera que sea el rumbo ulterior de su argumentación, con cita expresa en todo caso subraya la S. de 21 de noviembre de 1985, "conceptos antagónicos", que, en palabras de la Sentencia de 13 de julio de 1984, "nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considera-*

---

[9] GASTON JEZE, Principios Generales del Derecho Administrativo

[10] EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS RAMON FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo I, p. 541

bles 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."

En la normatividad Colombiana también se ha tocado lo de la discrecionalidad, por ejemplo, el actual Código Contencioso Administrativo colombiano estableció la razonabilidad de las decisiones discrecionales en el artículo 36: "*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*".

Desde octubre de 1975 la doctrina colombiana mediante concepto de la Sala de Consulta del consejo de Estado había recogido la tesis que un Estado de Derecho no hay facultades puramente discrecionales al decir:

"De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad ejercería, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. En síntesis: todo los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando. Todo está reglado en la norma y el órgano simplemente pone en acto la facultad atribuida. Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. ***Hay 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, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio 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 margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, 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.*

Pero, en consecuencia, ***no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales****, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se esta"*[11].

[11] Consejo de Estado, Sala consulta, Concepto. Oct. 22 de 1975.

Pero es la doctrina italiana la que otorga particular relieve a la motivación de los actos administrativos, planteando que en éstos son siempre relevantes la causa legal o jurídica y los motivos o móviles particulares. Su influencia llega al Comité de Ministros del Consejo de Europa que el 27 de septiembre de 1977 recomienda a sus integrantes el principio de que "*cuando un acto administrativo es susceptible de afectar a los derechos, libertades o intereses, el administrado debe ser informado de los motivos sobre los que se funda. Esta información será facilitada por indicación de los motivos en el propio acto, o bién a requerimiento del interesado, mediante comunicación escrita en un plazo razonable*".

Sin embargo, no se puede minimizar el hecho de que, anticipándose a la doctrina y a las recomendaciones hechas en Europa y antes enunciados, en Colombia, en la reforma administrativa de 1968, se le salió al paso a la arbitrariedad con una disposición muy importante, es la contenida en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que pese a establecer que en los casos de funcionarios que no pertenezcan a una carrera se puede declarar la insubsistencia sin motivar la providencia, de todas maneras exige que: "*deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida*".

Hoy en nuestro país, en la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209 "*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...*".

La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

Esta tesis de motivar el acto, es reciente en nuestro ordenamiento, ya que antes del Decreto 01 de 1984 artículo 35 no existía una obligación general, por ello, la jurisprudencia contenciosa consideró que la decisión administrativa expresa debía estar fundamentada en la prueba o en informes disponibles y motivarse, al menos en forma sumaria, si afectaba a particulares. La justificación de esa decisión fue la aplicación por remisión (artículo 282 C.C.A.) del artículo 303 del C.P.C. que dispone que "las providencias serán motivadas a excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite".

El ordenamiento jurídico contemporáneo prevee un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad.

Es decir, la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. Y es que la teoría del uso del poder discrecional, a pesar de los preceptos consignados en el Código Contencioso Administrativo y en la Constitución de 1991, acusa todavía visiblemente el lastre de su origen autoritario. Aun hoy hay quienes creen en la vieja equiparación de los discrecional y lo que no requiere justificación.

Aunque el constitucionalismo de nuestros días es radicalmente incompatible con la arbitrariedad que se manifiesta en el reconocimiento de poderes exentos de justificación es indiscutible que esta nueva fe no ha logrado terminar del todo el culto a los viejos ídolos, que siguen inconscientemente practicándose con toda naturalidad en una suerte de sincretismo al que es urgente ya poner fin, en esta sociedad cuyo estado se define como social de derecho.

3.2. Criterios que actualmente maneja la doctrina en cuanto a la exigencia de motivación de los actos administrativos:

Dos posiciones se han adoptado frente a la exigencia de motivar los actos administrativos. Quienes consideran que es un requisito de fondo y quienes piensan que es un requisito formal.

Es del primer criterio García Trevijano para quien la motivación es esencial y permite desenmascarar las posibles desviaciones de poder. Por su parte, García de Enterría dice:

> *"La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. Por ejemplo: no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de "incapacidad física"; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica legalmente la resolución. No cabe sustituir un concepto jurídico indeterminado que esté en la base de la ley de cuya aplicación se trata por otro igualmente indeterminado; habrá que justificar la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de que se trata; otra cosa no es expresar un motivo, es, más bien, formular una conclusión. Es lo que en Derecho francés suele llamarse la publicación de fórmulas passe partout o comodines, que valen para cualquier supuesto y no para el supuesto determinado que se está decidiendo. Nuestra jurisprudencia está normalmente en esta línea (quizá con la única excepción de los acuerdos de fijación del justiprecio expropiatorio por los Jurados Provinciales de Expropiación, acaso por tratarse de una motivación técnica más que jurídica); así, Sentencias de 21 de marzo de 1968, 23 de diciembre de 1969, 7 de octubre de 1970, etc. En la misma línea y con especial energía se sitúa la doctrina del Tribunal Constitucional (así, la Sentencia, antes citada, de 17 de julio de 1981: "la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un requisito del acto de sacrificio de derechos"; lo mismo la Sentencia de 16 de junio de 1982: "debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos"). La expresión "sucinta", que contiene el artículo 54, no puede interpretarse en el sentido de que basta apuntar un principio de motivación, aunque, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de junio de 1982, "la doctrina del Tribunal Supremo ha precisado que la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación, ni acarrea nulidad".*

En la otra actitud, considerar que la motivación es un requisito formal, está Marienhoff, quien dice:

> *"La "motivación" no es otra cosa que un aspecto o ingredientes del elemento "forma" del acto administrativo: no es, pues, un elemento autónomo de dicho acto. Tiende a poner de manifiesto la "juridicidad" del acto emitido, acreditando que,*

en el caso, concurren las circunstancias de hecho o de derecho que justifican su emisión. Aléjase así todo atisbo de arbitrariedad. En suma: trátase de una expresión de la "forma" que hace a la substancia del acto.[12]"

De todas maneras, el criterio fundamental de la motivación incluye el deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario. En el escrito de Tomás Ramón Fernández se indica:

"La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre la discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que se sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola 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, como con todo acierto concluyen las ss. de 30 de junio de 1982 y 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, entre otras.

La motivación, por otra parte, es, como ha dicho la S.C. de 17 de junio de 1981, "no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos", una garantía elemental del derecho de defensa, incluída en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en el Derecho (S.C. de 11 de julio de 1983).

Francisco Chamorro Bernal, en su libro La tutela judicial efectiva, páginas 207 y siguientes, al explicar la necesidad de la motivación, dice:

"Una aplicación manifiestamente arbitraria -por no razonada- de una norma supone una vulneración de la tutela judicial efectiva y permite la intervención del TC mediante el recurso de amparo.

"Ahora bien, ¿qué es una aplicación manifiestamente arbitraria? El Diccionario de la Real Academia Española define la arbitrariedad como 'acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho'.

"La arbitrariedad, por tanto, es lo contrario de la motivación que estamos examinando, es la no exposición de la causa de la decisión o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razones no atendibles jurídicamente, de tal forma que la resolución aparece dictada solo con base en la voluntad o capricho del que la toma, como un puro voluntarismo.

"Una resolución puede ser arbitraria no sólo porque no sea motivada y por tanto no ponga de manifiesto la razón de la misma, sino también porque, aún siendo aparentemente motivada, tal motivación sea claramente impertinente, no tenga nada que ver con lo que se está cuestionando, no sea jurídicamente atendible o no merezca el nombre de tal."

Estas apreciaciones son de recibo no solo en la motivación de los fallos judiciales sino también en la motivación de los actos administrativos porque, en primer lugar, tanto en unos como en otros la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede carac-

---

[12] MARIENHOFF, Miguel S.. "Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tercera edición, pág. 326.

terizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra: "*La función administrativa está al servicio de los intereses generales*" y del artículo 123 en la parte que indica: *Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad*". En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar (y, el nombramiento o el retiro de un Notario, persona que da fe pública de actos privados, es altamente importante para la comunidad) y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción de un Notario; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático.

3.3. La motivación en Colombia, después de la Constitución de 1991

Las Corte Constitucional ha sido exigente en el deber de motivar los actos administrativos. En la sentencia C-054/96, se dijo que la motivación "*no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración*"[13].

No podía ser de otra manera. En la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 el Doctor Juan Carlos Esguerra[14] fue enfático al exigir que la actividad administrativa se rija por el principio de la publicidad, el cual fue recogido en el texto definitivo del inciso 1° del artículo 209 de la C.P.

En conclusión: Está más que definido que la publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Hasta el punto de que la Corte Constitucional, en un caso de tutela llegó a decir que "*la falta de motivación del acto hace pensar que la administración no produjo el acto por razones del buén servicio administrativo*"[15].

3.4. Principio de publicidad

La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña Agustín Gordillo[16] quien resalta su importancia así:

> "*La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerandos" del acto, es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales.*
>
> *Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un "medio de prueba en verdad de primer orden", sirviendo además para la interpretación del acto.*

---

[13] Eduardo Cifuentes Muñoz, sin salvamento de voto, sólo contiene una aclaración de voto del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, respecto de un tema muy diferente.

[14] En la sesión plenaria de mayo 30 de 1991 el Constituyente señaló que resulta indispensable la constitucionalización del principio de la publicidad porque "es de la esencia de la actividad administrativa".

[15] T-297/94, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL

[16] Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, Tomo III, págs. X-2 y ss.

La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de derecho; no creemos en consecuencia que la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos e intereses de los administrados, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva; todos los actos administrativos a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los "actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos", es indiscutida e indiscutible la necesidad de una "motivación razonablemente adecuada", como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación."

La publicidad, además, está ligada a la transparencia, así lo señala Luciano Parejo:

"En la actuación y, por tanto, en el procedimiento administrativo existe una tensión específica entre el secreto y la reserva, a los que tiende por propia lógica la Administración, y la publicidad, que busca la transparencia como una técnica más al servicio tanto de la objetividad y del sometimiento pleno a la ley y al Decreto de ésta en su acción, como de la prosecución efectiva del interés general[17].

Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse, porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso.

3.4.1. Motivación concurrente y motivación posterior

En algunas ocasiones se puede dar una motivación posterior. Por supuesto que lo normal es que sea concomitante con el acto administrativo y esté incluida la motivación dentro de aquél para que así sea más claro el principio de publicidad. Sin embargo, está el caso ya expresado del artículo 26 del decreto 2400 de 1968 que exige dejar constancia del hecho y de las causas del retiro en la respectiva hoja de vida del servidor público de libre nombramiento y remoción a quien se declara insubsistente. Esta sabia determinación evita el abuso del derecho y la desviación del poder. Ramón Parada hace esta reflexión:

"Entre los supuestos clásicos en que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha apreciado la concurrencia del vicio de la desviación de poder, se citan los actos dirigidos a evitar la ejecución de la cosa juzgada, los que comportan un fraude de ley, los inspirados por móviles extraños a todo interés público, los dictados en favor de un tercero o de una categoría de terceros, los que se adoptan con fines electorales, los inspirados por la pasión política, los dirigidos a un fin público, pero distinto de aquél para el que la potestad o competencia fue atribuida (como, por ejemplo, cuando se utilizan poderes sancionadores con fines fiscales), y, en último lugar, los actos dictados con marginación del procedimiento legalmente establecido para eludir las reglas de la competencia o una determinada garantía en favor de un particular, o para conseguir una economía de tiempo o de dinero en favor de la Administración."

3.5. Requisito de validez

La motivación es un requisito de validez, más no de eficacia, pues son conceptos diferentes y con una connotación propia. Al respecto la Corte Constitucional dijo:

---

[17] Manual de derecho administrativo, pág. 445.

"Se propone denominar validez sustantiva o validez en estricto sentido, al hecho de que una norma de inferior jerarquía no contradiga las disposiciones superiores, y en especial que armonice con los valores materiales defendidos por el ordenamiento constitucional. De otro lado, se propone llamar validez formal o vigencia al hecho de que la norma formalmente haga parte del sistema, por haber cumplido los requisitos mínimos para entrar al ordenamiento. Y finalmente se designa eficacia jurídica o aplicabilidad a la posibilidad de que la disposición produzca efectos jurídicos, o al menos sea susceptible de hacerlo. Sin embargo, la Corte precisa que este último concepto no debe ser confundido con el de eficacia sociológica, que se refiere al hecho de que las normas alcancen sus objetivos y sean efectivamente cumplidas y aplicadas, o al menos que en caso de ser violadas, se imponga una sanción a su infractor."[18]

3.6. Excepción

Dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción. La declaratoria de insubsistencia (Decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a "*la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados*".

Pues bien, como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación "in tuitu personae" entre el nominado y el nominador.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-306 de 1995 (Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara) había dicho:

"En lo que atañe a las excepciones a la regla general que, como se ha visto, está constituida por el sistema de carrera, la norma superior excluye los empleos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".

En el último de los eventos se advierte la consagración de una causal exceptiva abierta que otorga al legislador la competencia para determinar cuáles empleos, además de los previstos en la propia Constitución Política, se rigen por un sistema distinto al de carrera administrativa.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que el desarrollo de esa competencia que el artículo 125 superior otorga "un carácter restrictivo para que no vaya por esta vía a desaparecer, mediante una interpretación contraria, la regla general dispuesta por el Constituyente, a través de disposiciones expedidas por el legislador" (Sentencia No. C-356 de 1994 MP.: Doctor Fabio Morón Díaz)."

Y, en el caso concreto de las competencias del Presidente de la República, la propia Constitución en el artículo 189, numerales 1° y 13 permite que "nombre y separe libremente a los ministros del despacho y a los directores de departamentos administrativos" y "nombrar a los

[18] Sentencia C-443 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley" (subrayas fuera de texto).

3.7. Caso de los Notarios

El cargo de Notario, sea de carrera, en propiedad o en interinidad, no está expresamente señalado dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción; y no puede estar porque la función notarial es eminentemente técnica y esta circunstancia es la antítesis del libre nombramiento y remoción. Además, el Notario, aún el interino, no puede quedar al vaivén de los intereses politizados o personales del nominador.

El Notario designado, así sea en interinidad, goza de una expectativa, solo podrá ser desvinculado, si no cumple con sus deberes y cuando la designación se haga por concurso. Una de las razones que justifican la anterior afirmación, está contenida en la figura de la confianza legítima, íntimamente ligada al principio de la buena fe, y que fue caracterizado en la sentencia T-617 de 1995 (Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero) en la siguiente forma:

> *"El principio de la buena fe se presenta en el campo de las relaciones Administrado y administración, "en donde juega un papel no sólo señalado en el ámbito del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona".*[19]
>
> *La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. En razón a esto tanto la administración como los administrados deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin olvidar "Que el derecho nunca debe ser manejado de espaldas a su fundamento ético que debe ser el factor informante y espiritualizador"*[20]*. Lo anterior implica que, así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas.*
>
> *"La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida."*[21]

Esa confianza legítima, derivada de la buena fe, es un mecanismo válido para evitar el abuso del derecho.

"El principio de la buena fe, por tanto, en una de sus concretas aplicaciones constituye un límite al ejercicio de los derechos. Como lo constituye la prohibición del abuso del derecho.

---

[19] González Pérez Jesús, El Principio General de la buena fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, pág 43.

[20] Ibidem, Pág 59

[21] IDEM.

En esta concreta aplicación del principio de buena fe, ¿qué diferencias se dan con la prohibición del abuso del derecho?

Cuando el aparato 1 del artículo 7º del Código Civil establece como límite al ejercicio de los derechos las exigencias de la buena fe, ¿establece unos límites distintos a los del aparato 2 del mismo artículo al referirse a los "limites normales del ejercicio de un derecho"?

El ejercicio abusivo del derecho se caracteriza, aparte por el resultado dañoso para un tercero, por sobrepasar manifiestamente los límites normales. Límites que no son los legales (los establece la norma jurídica que los regula o el acto jurídico que los crea), sino los que, dentro de éstos, considera la conciencia social de la época, las costumbres y apreciaciones de la época. Como dice LA CRUZ, no se trata de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el derecho, dónde pueden llegar en la práctica de cada época las facultades concedidas por la ley. Se incurrirá en abuso si se ejercita para algo distinto.

Y cuando se prohíbe el ejercicio del derecho contra las exigencias de la buena fe, también se está haciendo referencia a unos límites impuestos por los criterios morales y sociales dominantes.[22]"

Es decir que, para el caso que motiva la presente tutela, hay que enfatizar que solo por concurso o por incumplimiento del deber se altera la permanencia de un Notario que desempeñaba sus funciones en interinidad. Lo contrario, desvincularlo sin estas razones, iría en contra de la buena fé y de la confianza legítima.

Pero, no se puede ir al otro extremo de considerar que automáticamente todos los Notarios son inamovibles. Por supuesto que es indispensable distinguir las situaciones existentes antes de la Constitución de 1991 y las que surgen con posterioridad a ésta.

Quienes desde antes de la actual Constitución venían ejerciendo el cargo de Notarios en propiedad o en carrera adquirieron una situación consolidada protegida por los artículos 53 y 58 de la Carta Política hoy vigente. En consecuencia será la edad de retiro forzoso la que imperará para los Notarios en carrera; y los Notarios que venían siendo calificados como en propiedad desde antes de 1991 han quedado amparados por el período de los 5 años, vigente para la época, renovables cada 5 años, mientras se realiza el concurso, que ordena el artículo 131 de la Constitución Política.

En cuanto a los Notarios que eran interinos antes de la vigencia de la Constitución de 1991, ellos tenían una situación precaria porque podían ser desplazados por los nombrados en propiedad. Hoy aquellos Notarios interinos mantienen tal precariedad en cuanto el período de permanencia que fijaban decretos anteriores a la actual Constitución, era un término de 5 años que sólo se aplicó para los interinos que venían desde antes de la Constitución de 1991, porque expedida ésta, ya no puede decirse que hay interinos con término fijo; esta afirmación se hace desde la perspectiva constitucional que es la que se maneja en la acción de tutela. Pero, eso no quiere decir que hayan quedado en una situación de absoluta inestabilidad sino que aunque pueden ser removidos, su remoción está condicionada a que el acto administrativo de desvinculación responda a los principios constitucionales de imparcialidad, eficiencia y

---

[22] GONZALES Pérez, Jesús, El Principio de la Buena fe en el Derecho Administrativo, CIVITAS Monografías, Editorial CIVITAS, S. A., págs. 26-27.

publicidad, porque sólo así se sabe si hubo o no incumplimiento de los deberes por parte del notario, incumplimiento que justificaría el retiro.

Por ello, respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio. Por supuesto que, una vez hecho el concurso, se procederá a nombrar a quien lo gane.

El interés general al cual ha venido haciendo mención este fallo, es un principio fundante (artículo 1° C.P.) y es también principio de la función pública (artículo 209 C.P.) por eso, cuando se afecte ese interés general puede haber retiro del interino; y esa afectación del interés general debe expresarse en la motivación del acto administrativo. Este es el alcance de la permanencia para los interinos mientras se hacen los nombramientos en propiedad previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.

Es necesario precisar también cuál es la naturaleza de la función del Notario para explicar, por qué el Notario no está bajo la órbita de las relaciones laborales entre particulares.

La sentencia C-181/97 (con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz) dijo que los Notarios son particulares encargados de la función notarial; esta caracterización a primera vista pareciera indicar que, al igual que ocurre en el rompimiento de la relación laboral, la no explicación del despido es en el fondo la aceptación de que fue injustificado; sin embargo, la misma Corte Constitucional en la sentencia C-166 de 1995 indicó que los Notarios "en el ejercicio de esas funciones ocupan la posición de la autoridad estatal gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público"; es lo que se denomina prestación del servicio público mediante la colaboración de un particular que ha sido seleccionado en forma expresa por la Administración. Pues bien, si goza de prerrogativas también debe sujetarse a algunas reglas propias de las autoridades, es por eso que en la mencionada sentencia C-181/97 se dijo:

> *"La Constitución Política de 1991 alude al fenómeno comentado en los artículos 123, 365 y 210. La primera de las normas citadas defiere a la ley la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y la regulación de su ejercicio, de conformidad con la segunda, los particulares prestan servicios públicos y de acuerdo con las voces del artículo 210, "los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley".*
>
> *La forma en que se ha desdibujado la separación absoluta entre las esferas pública y privada en torno al desarrollo de actividades que interesan a la sociedad, se muestra propicia al afianzamiento de una concepción material de los asuntos públicos, por cuya virtud los particulares vinculados a su gestión, si bien siguen conservando su condición de tales, se encuentran sujetos a los controles y a las responsabilidades anejas al desempeño de funciones públicas, predicado que, según lo expuesto, tiene un fundamento material, en cuanto consulta, de preferencia, la función y el interés públicos involucrados en las tareas confiadas a sujetos particulares.*
>
> *Acerca de este tópico, la Corte ha plasmado, en diversas sentencias, postulados que conviene transcribir:*

"Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo".[23]

El artículo 131 de la Carta Política instituye la función notarial como un servicio público en el que se advierte una de las modalidades de la aludida descentralización por colaboración, ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él ha sido encomendada, de manera permanente, a particulares, en lo cual la Corte no ha hallado motivos de inconstitucionalidad.

Ahora bien, las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador y aparejan el control y la vigilancia que ejerce el Estado, encargado por el Estatuto Fundamental de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (artículos 365, 366 y 2 de la C.P.).

Las decisiones que adopten los notarios pueden ser debatidas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, además, los artículos 195 y siguientes del Decreto 960 de 1970 aluden a la responsabilidad civil en la que puede incurrir siempre que causen daños y perjuicios a los usuarios del servicio por culpa o dolo en la prestación del mismo.

El Consejo de Estado ha sostenido que "la función que desarrollan los notarios es por esencia una función pública, como que son éstos depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen son controvertibles ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo preceptúa el artículo 82 del C.C.A.".

Siendo ello así, se repite, es la jurisdicción contencioso administrativa la que definirá lo referente al retiro, mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. Estado de cosas inconstitucional por la no convocatoria a concurso en el caso concreto de los notarios

Particular relevancia, para el estudio de los temas que ha suscitado la presente tutela, es el que surge de la orden perentoria dada en el inciso 2° del artículo 131 de la Constitución Política:

"El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso".

Esta disposición forma parte del capítulo de la Constitución denominado "De la Función Pública", uno de cuyos ejes centrales es el establecimiento de la carrera administrativa. Y, es sabido que el sistema de "carrera" se inicia con la convocatoria a concurso.

---

[23] Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-286 de 1996.

Hay sistemas especiales de carrera, uno de ellos la carrera notarial.

En lo referente al concurso y la convocatoria para la carrera notarial, el artículo 164 del decreto 960 de 1970, **"por el cual se expide el estatuto del notario"**, expresamente estableció en su artículo 164:

> *"La carrera notarial y los concursos serán administrados por el Consejo Superior de la Administración de Justicia...".*

Aquí hay que hacer una necesaria aclaración:

El Decreto 1698 de 1964 que organizó la carrera judicial, creó como órgano consultivo del gobierno, el *Consejo Superior de la Administración de Justicia.* Indicó el artículo 4° de dicho decreto que el Consejo estaría integrado por los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, por el Procurador General de la Nación, por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, por el Decano de una universidad privada escogido por la Asociación Colombiana de Universidades y por dos abogados designados por el Presidente de la República. Sus funciones tenían que ver única y exclusivamente con el Estatuto de la carrera judicial.

Posteriormente, el Decreto 250 de 1970 profirió nuevas normas sobre la carrera judicial y le dio, mediante el artículo 49, al *Consejo Superior de la Administración de Justicia,* funciones sobre el concurso para ingresar a la carrera judicial. Dice el mencionado artículo 49:

> *"El Consejo Superior de la Administración de Justicia sentará en cada oportunidad, las bases de los concursos, determinará las fechas en que deban realizarse, el sistema de calificación, los distintos factores para esta, y los administrará y calificará directamente y con la asistencia de la oficina de asesoría identidades públicas y privadas especializadas en la materia".*

Y, el artículo 43 al referirse a la carrera judicial establecida en los artículos 38 a 42 del mismo decreto 250 de 1970, estableció que dicha carrera judicial era administrada por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Sin embargo, el artículo 164 del decreto 960 de 1970, estableció que el *Consejo Superior de la Administración de Justicia,* tendría además funciones referentes a la carrera notarial y sus concursos; dice la norma:

> *"La carrera notarial y los concursos serán Administrados por el Consejo Superior de la Administración de Justicia...".*

En razón a que la función anterior era distinta de la función original de administrar lo referente a la carrera judicial, la norma le dió al Consejo Superior de la Administración de Justicia una integración diferente dijo la norma:

> *"... integrado entonces, por el Ministro de Justicia, los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario, el Procurador General de la Nación y dos notarios, uno de ellos de primera categoría, con sus respectivos suplentes personales, elegidos para períodos de dos años por los notarios del país, en la forma que determine el reglamento. Para el primer período la designación se hará por los demás miembros del Consejo. En el Consejo tendrá voz, entonces el Superintendente de Notariado y Registro". (subrayas fuera de texto).*

De lo anterior se deduce que un mismo organismo consultor: Consejo Superior de la Administración de Justicia tenía las funciones de administrar la carrera judicial y la carrera notarial, pero con dos integraciones radicalmente distintas en razón de los organismos cuya

carrera se administraba. No de otra manera se entiende la insistencia del legislador en poner el adverbio "*entonces*", que, según el diccionario de María Moliner significa: "adverbio equivalente a "en ese caso", con que se expresa una cosa que se dice consecuencia de lo que ha dicho", es decir, que la integración para el caso concreto de la administración del concurso y la carrera notarial es diferente a la integración original de ese Consejo para el cumplimiento de las funciones relativas a la carrera judicial.

Es de advertir que el Decreto 250 de 1970 sobre carrera judicial, fue reformado por el Decreto 52 de 1987, que nueva y exclusivamente se refirió a la carrera judicial, indicándose en el artículo 8° que tal carrera judicial sería administrada por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, los Consejos Seccionales de la Carrera, las Corporaciones Judiciales y los Jueces. Y en el artículo 9° modificó la integración del *Consejo Superior de la Administración de Justicia*, para la función judicial, quedando integrado para el cumplimiento de lo referente a la carrera judicial de la siguiente forma: por el Ministro de Justicia o su delegado, delegados de la Corte Suprema, Consejo de Estado y Tribunal Disciplinario, el Procurador General de la Nación o su delegado, un representante de los funcionarios de la rama jurisdiccional y un representante de los empleados judiciales. La Corte Suprema de Justicia, en fallo del 25 de junio de 1987, declaró inexequible en parte el artículo 9° en cuanto incluyó al Ministro de Justicia y al Procurador General de la Nación dentro de la integración del mencionado Consejo. El artículo 10 señaló las funciones de tal Consejo en lo referente a la rama judicial, por ejemplo, efectuar las convocatorias a concurso para la provisión de cargos de magistrados de tribunal y empleados de la Corte Suprema de Justicia, elaborar las listas de aspirantes admitidos a los anteriores concursos, inscribir en la carrera a magistrados de tribunales y empleados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Observa la Corte Constitucional que el ámbito de aplicación del Decreto 52 de 1987 no altero el Decreto 960 de 1970, ya que el artículo 142 del Decreto 52 no incluyó dentro de las normas derogadas al mencionado decreto 960; en efecto, dijo la norma:

> *"El presente Decreto rige a partir de su promulgación y modifica en lo pertinente el Decreto 250 de 1970. Sustituye y deroga: el Decreto 2400 de 1986, excepto los artículos 67 y 1373 a 194, 201, 206 y 207; los Decreto 1768 y 1373 de 1986 y el Decreto 1190 de 1986, excepto los artículos 2° y 4°".*

Y no podía derogar el decreto 960 de 1970 por la sencilla razón de que éste se refiere al Estatuto Notarial, y el decreto 52 de 1987 se refería a la carrera judicial. Además, el decreto 52 de 1987 fue expedido en virtud de las facultades expresas del artículo 1°, inciso 3° de la Ley 52 de 1984, que se refirió a:

> *"**ARTICULO 1°**. De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos años para:*
>
> *... 3° Revisar, reformar y poner en funcionamiento el estatuto de la Carrera Judicial."*

Las facultades extraordinarias en ningún instante contemplan atribuciones referentes al Estatuto Notarial, única y exclusivamente contempla aspectos referente a la administración de justicia, luego, el decreto extraordinario 52 de 1987 debe leerse en relación con la rama judicial. Por eso, cuando la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 9° del decreto 52 de 1987, esta determinación no afectó la integración del Consejo que decidiría lo referente a la administración del concurso y carrera de los notarios,

puesto que la razón para esa inconstitucionalidad parcial fue la de que ni el Ministro de Justicia ni el Procurador intervinieran en la designación de funcionarios judiciales. Es de advertir que las funciones de administración de carrera judicial fueron atribuidas por la actual Constitución en su artículo 256, numerales 1 y 2 al Consejo Superior de la Judicatura.

Hechas las anteriores aclaraciones, surge la siguiente pregunta: ¿La Constitución de 1991 y las normas que la han desarrollado, derogaron o no, en forma expresa o tácita, el artículo 64 del Decreto 960 de 1970 que le señaló funciones al Consejo Superior de la Administración de Justicia, en lo referente a la carrera notarial y sus concursos?

La anterior disposición no ha sido derogada expresa ni tácitamente, porque la Constitución se limitó en el tema de los notarios a ordenar el nombramiento de los mismos en propiedad mediante concurso y no le atribuyó a ningún organismo constitucional la administración de la carrera notarial y de su concurso, y las normas que han desarrollado la Constitución no han modificado el mencionado artículo 164 del Decreto 960 de 1970.

Significa lo anterior que el Consejo Superior de la Administración de Justicia, establecido por el artículo 164 del Decreto 960 de 1970, Estatuto del Notariado, es un organismo consultor cuya integración no era permanente sino ocasional de acuerdo con las funciones previamente señaladas por la ley. Y, no puede confundirse dicho Consejo Superior de la Administración de Justicia, con otro que con el mismo nombre existía con funciones referentes a la rama judicial y con integración distinta a la del Consejo Superior de la Administración de Justicia encargado de la Carrera Notarial y sus concursos.

Todo lo anterior significa que no hay explicación razonable para que no se convoque a concurso para designación de notarios en propiedad, ya que hay normatividad vigente en lo referente a organismo que administra la carrera y el concurso.

Si algún vacío quedare por el tránsito de legislación, el inciso 2° del artículo 2° de la Ley 27 de 1992 dice:

> *"Mientras se expiden las normas sobre administración del personal de las entidades y organismos con sistemas especiales de carrera señalados en la Constitución, que carecen de ellas,... le serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley".*

Como no se ha convocado a concurso para la designación de notarios en propiedad, lo cual ha debido hacerse en toda la República, se llega a la conclusión de que se está dentro de un estado de cosas abiertamente inconstitucional.

La Corte Constitucional ha considerado que por mandato del artículo 113 de la Constitución "Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines". Y que, es dentro de este contexto que adquiere importancia la calificación que judicialmente se haga de la existencia de un estado de cosas inconstitucional, puesto que ello *implica la necesidad de dar órdenes* para que cese ese estado de cosas inconstitucional, y así se hará en la presente sentencia.

5. El debido proceso

El problema que se plantea en esta tutela, en relación con el debido proceso, es si la falta de motivación para el retiro constituye violación de aquél derecho.

La respuesta es contundente: según se explicó anteriormente, necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción; salvo los empleados que tienen el estatutos de libre nombramiento y remoción.

Ya se dijo que los Notarios en **interinidad**[24] no se pueden calificar como de libre nombramiento y remoción. (Inclusive desde el decreto 960 de 1970 artículo 149 se diferenció entre la interinidad y el libre nombramiento y remoción). Hoy el nombramiento de Notario debe hacerse en propiedad mediante concurso (artículo 131 C.P.). concurso que debe ser abierto[25], con respeto integral a los artículos 13 y 40 de la Constitución, porque solo así se garantiza a todos los colombianos el acceso al cargo, con los requisitos exigidos para la igualdad de oportunidades.

El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire. Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro.

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 229).

Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional. El artículo 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el artículo 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica y engloba, en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del artículo 29, por ser esta norma de carácter abierto.

Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa.

---

[24] No es impropia la denominación que se ha venido haciendo de interino porque no estando sujetos los Notarios a la reforma administrativa de 1968, el vocablo interino tendrá las connotaciones que se le dió desde el Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4ª de 1913 artículo 293), en armonía con el citado decreto 960 de 1970, artículo 145.

[25] Al respecto puede verse, entre otras, la sentencia C-063 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del en señalamiento que se le hace.

Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para "actuaciones judiciales y administrativas", porque se coloca en indefensión a la persona afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia establecido en el artículo 229 C.P.

CASO CONCRETO

En cuanto a la petición de reintegro:

Se parte de la base de que la Doctora María Margarita Duque de Valencia fue nombrada en interinidad con las connotaciones ya anotadas de que el cargo de Notario debe hacerse por concurso. El hecho de que en el decreto de nombramiento se dijera que la designación era mientras se proveía el cargo en propiedad, no está señalando un término inmodificable de duración; en cuanto el incumplimiento de deberes puede dar lugar a la desvinculación; tampoco puede afirmarse que el término es de 5 años porque este lapso señalado en normas preconstitucionales (Decretos 2156/70 y 2148/83) se tornan inaplicable para Notarios interinos designados después de 1991 cuando la Constitución estableció que los Notarios son nombrados en propiedad mediante concurso, luego no puede haber término para lo interinos. De todas maneras, será la jurisdicción contencioso administrativo la que defina las consecuencias del retiro. Respuesta la prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio, en el asunto sometido a consideración de la Corte Constitucional no se ve por ningún lado que la señora Duque de Valencia estuviere en circunstancias especiales (v. gr. que los emolumentos recibidos constituyeran su mínimo vital), que permitieran deducir que se le ocasionó un perjuicio irremediable. Si no se afecta el mínimo vital no hay la urgencia para conjurar el peligro.

En cuanto al debido proceso administrativo:

El Estado le debe a la persona, como derecho prestacional, el derecho a un proceso justo y adecuado, es decir, que antes de privar a alguien de un bien jurídico debe haber una actuación del Estado que nunca puede implicar restricciones a los derechos fundamentales. Esto significa una muralla a los abusos que puede cometer la administración. En otras palabras, el debido proceso también apunta hacia la erradicación de la arbitrariedad, para impedir que se obstaculice la defensa en el proceso.

La pregunta es si en el presente caso, el decreto 403 de 1997 que expresamente determinó: "Retírase del servicio a la Doctora Margarita María Duque de Valencia, Notaria Veinticinco del Círculo de Medellín, Antioquia", sin justificación por parte del Presidente de la República y del Ministro de Justicia y del Derecho, constituye una violación al principio de publicidad que debe acompañar a los actos de la administración con el fin de facilitar el principio de contradicción que es propio del debido proceso.

En primer lugar, el decreto por medio del cual se retiró del servicio a la Doctora Duque de Valencia, no tiene las características de publicidad, dentro del criterio que a tal principio se le ha venido dando, es decir, que la publicidad no se identifica con la publicación sino que va más allá de ésta, exigiéndose motivación, no solamente formal sino material, como eso no se hizo, en el presente caso, se violó el debido proceso.

Se podría argüir que el encabezamiento del decreto, al citar unas normas podría equivaler a los considerandos de un acto administrativo. Se responde que no es esa la motivación para

retirar porque sería aceptar los formalismos por encima de lo sustancial y ello sería equivocado e injusto. Además, el decreto de retiro de la Doctora Duque de Valencia invoca el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política. Dicho numeral hace referencia a nombramientos cuya provisión no sea por concurso, pero ocurre que las Notarías deben proveerse por concurso. Tampoco puede decirse que el mismo numeral 13 del artículo 189 le permite al Gobierno "nombrar y remover libremente sus agentes", puesto que los Notarios según lo ha dicho la Corte Constitucional son empleados particulares, es decir, no son agentes del gobierno. Tratándose de Notarios de Primera clase, provisionalmente los puede nombrar el Presidente de la República, mientras se provee el cargo por concurso, pero eso no significa que mientras no haya concurso son agentes del gobierno.

También se cita en el Decreto 403 de 1997 (que es el que dispone el retiro de la Doctora de Valencia), el artículo 5 del Decreto 2163 de 1970. Esta norma no se refiere al retiro, sino todo lo contrario, a que la provisión y permanencia en el cargo de Notario es por el período de cinco años. El decreto fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 17 y 21 de junio de 1971. Pero, como ya se dijo, después de la Constitución de 1991 es inaplicable para los interinos designados con posterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución. Por supuesto que este criterio expresado se ubica bajo la perspectiva constitucional, por lo mismo, los motivos de desvinculación tienen que estar relacionados con la afectación del interés general.

Se torna injustificado un retiro que no responda al interés general, de ahí la necesidad de que en la motivación se exprese cuáles fueron los hechos que afectaron ese interés general. Este aspecto es muy importante porque el hecho de tener en cuenta el interés general no es otra cosa que la aplicación de los principios de imparcialidad y publicidad reseñados en el artículo 209 de la Constitución.

También invoca el decreto del retiro al artículo 61 del Decreto reglamentario 2148 de 1983, que ratifica el período de cinco años y agrega que si ya se ha iniciado el período, el Notario designado será para el tiempo restante. Es decir, la norma no tiene nada ver con el retiro de la Doctora Duque de Valencia y vale la acotación de párrafo anterior.

En conclusión, la cita de las normas no equivale a motivación; para una desvinculación, el nominador debe enumerar con claridad las causas y hechos que motivaron el retiro. Mientras no lo haga está violando el debido proceso. En el presente caso se incurrió en tal omisión, luego la tutela prospera por este aspecto, de lo cual se infiere que debe dársele al Presidente de la República y al Ministro de Justicia y el Derecho la orden de que profieran el acto administrativo para que la Doctora Duque, pueda nuevamente controvertir el asunto ante la jurisdicción contencioso administrativo, si es que esa sería su determinación.

Quedaría por dilucidar si se podría o no adoptar unas medidas que el Decreto 2591 señala: indemnización de perjuicios y/o llamado a prevención.

En cuanto a los perjuicios ya esta Corporación ha indicado que en tutela sólo es posible decretarlos cuando no existe otro camino. En el presenta caso sí existe otra via, luego no se puede reclamar por tutela. Es más, en el petitorio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se solicita que se condene a la Nación al pago del daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales.

Respecto al llamado a prevención, el tema es complejo. En la situación tan especial de los notarios, hay la circunstancia de que no ha habido voluntad política para hace los concursos,

y este es un estado de cosas inconstitucional que exige una orden perentoria por parte de la Corte. Una última anotación, referente a la suspensión de la orden de tutela, dada por el Tribunal que precisamente profirió la orden. Considera la Corte que esto no estaba permitido porque si prosperó la tutela como mecanismo transitorio, se deduce que el perjuicio irremediable era inminente y grave y las medidas eran urgentes; además, el cumplimiento de una orden de tutela es inmediato.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia, proferida en la tutela de la referencia. En su lugar se CONCEDE la tutela respecto al derecho al debido proceso. Consecuencialmente SE ORDENA al Presidente de la República y al Ministro de Justicia y del Derecho que expliciten las causas y hechos concretos para haber retirado a la Doctora Margarita María Duque de Valencia de la Notaría 25 del Círculo de Medellín. Lo harán mediante acto administrativo motivado según se indicó en el presente fallo y en el término de cinco días a partir de la notificación de este fallo. Acto que, si lo estima pertinente la Doctora Duque de Valencia, quedará sujeto a las respectivos acciones contencioso-administrativas.

Segundo. Por Secretaría se librará de inmediato la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Tercero. ORDENAR que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional derivado del incumplimiento del inciso 2° del artículo 131 de la C.P., al no haberse convocado a concurso para notarios en toda la República. Esta notificación se hará al Superintendente de Notariado y Registro y al Consejo Superior de la Administración de Justicia, integrado como la señala el Decreto 960 de 1970 según se dijo en la parte motiva de este fallo. En consecuencia, SE ORDENA que en el término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia se proceda a convocar los concursos abiertos para Notarios, según se indico en la parte motiva de este fallo.

Notifíquese, cúmplase, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

SUSANA MONTES DE ECHEVERRY, Conjuez
–Con salvamento de voto–

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado
–Con salvamento de voto–

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA SU-250
mayo 27 de 1998

ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario (Salvamento de voto)

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Motivación acto de retiro del servicio (Salvamento de voto)

NOTARIOS EN INTERINIDAD-Libre nombramiento por el Gobierno (Salvamento de voto)

Con toda consideración con los H. Magistrados que suscriben la sentencia anterior, nos permitimos consignar por escrito el resumen de las razones y fundamentos que nos llevaron a disentir de la sentencia de mayo 26 de 1998, proceso T-134192.

1. De conformidad con la ley y la jurisprudencia ampliamente expuresa por la H. Corte Constitucional, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y, por lo mismo, no procederá en aquellos casos en que exista otro medio de defensa para reclamar el respeto al derecho presuntamente vulnerado, a menos que se trate de la hipótesis en la cual se pretenda, con la protección de la tutela y como medida transitoria, evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2. En el caso sometido a estudio, es claro que existe otro mecanismo de protección de los derechos de la accionante, cual es el procedimiento judicial para reclamar ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones contencioso administrativas consagradas en el código contencioso administrativo, mecanismo de protección al cual acudió la peticionaria instaurando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, no aparece demostrado en este proceso que exista el riesgo de que se vaya a producir un perjuicio irremediable y, mucho menos, que éste tenga las características a que se refiere la sentencia C-470/97 de la H. Corte Constitucional, M. P. Doctor Alejandro Martínez Caballero, transcrita parcialmente por la sentencia de cuya resolución disentimos.

3. Ahora bien, en dicho proceso deberá decidir el Juez Contencioso Administrativo, acerca de la legalidad del acto expedido por el Gobierno Nacional, análisis de legalidad que comprende no sólo el estudio y decisión acerca de la existencia de un eventual derecho de estabilidad relativa derivada del ejercicio del cargo de Notaria para el cual fue designada en interinidad, sino que deberá ocuparse de definir si, por su calidad de Notaria Interina, la expedición del acto de remoción debía haberse motivado por el Gobierno; esto es, si hubo o no expedición irregular del acto administrativo.

4. Así, es claro, que también la reclamada tutela o protección del derecho al debido proceso tiene otro camino jurídico de amparo en el presente caso, regulado expresamente por

el C.C.A. artículo 84, a cuyas voces "(...) Procederá no sólo 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 (...)". De esta manera es claro que no resulta procedente, en el caso en estudio, ni el ejercicio de la acción de tutela ni su otorgamiento. Si el acto carece de motivación y ella era obligatoria por mandato legal, el Juez Contencioso procederá a declarar la nulidad del mismo.

5. Finalmente, debemos manifestar que no podemos compartir la tesis sostenida en la sentencia, según la cual, entratándose de actos administrativos relacionados con la remoción de funcionarios en los cargos o empleos públicos, solamente el que declara la insubsistencia de un nombramiento efectuado para el desempeño de uno de los cargos definidos como de libre nombramiento y remoción no requiere motivación, pues, a nuestro juicio, y de conformidad con la ley, existen situaciones laborales, previstas por la ley que, por su naturaleza, son eminentemente transitorias y precarias, y que, por lo mismo no generan ni pueden generar ningún tipo de estabilidad; es el caso de los notarios que deben ser designados libremente por el Gobierno, con carácter de interinidad, para el desempeño de los cargos correspondientes quienes no han concursado ni han obtenido derecho alguno a estabilidad.

6. El hecho o circunstancia de que el Congreso Nacional no haya expedido, con posterioridad a la Constitución de 1991, una ley especial que reglamente los concursos a que deben someterse los aspirantes a ingresar a la carrera del Notariado, no puede significar ni traducirse en un derecho de estabilidad en el empleo para quienes ingresen o hayan ingresado en calidad de interinos: su condición eminentemente transitoria y, por lo mismo, precaria no puede transformarse para generar un derecho de permanencia en el cargo.

Fecha *ut supra.*

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

SUSANA MONTES DE ECHEVERRY, Conjuez

SENTENCIA SU-253
mayo 27 de 1998

PREVALENCIA DE LA CONSTITUCION POLITICA-Acuerdos de voluntad

La Constitución Política como estructura fundamental del Estado, obliga por encima de cualquier otra disposición puesta en vigencia por los órganos constituidos. De allí que, en caso de incompatibilidad entre dos reglas de Derecho -una de rango constitucional y otra apenas de orden legal o de inferior jerarquía- debe aplicarse, tanto por el Estado en todos sus organismos y funcionarios como por los particulares, el mandato de la Constitución. Prevalece, por tanto, también y en todo su vigor respecto de los contratos, pactos acuerdos o convenciones de carácter civil, comercial, laboral o de otro orden, bien que sean celebrados por entidades públicas, ya por particulares, o entre unos y otros.

DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE SERES HUMANOS-Protección

La Constitución prohibe toda discriminación entre los seres humanos, y rechaza distinciones fundadas en el sexo, la raza, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica y, por supuesto, las provenientes del origen nacional o familiar de las personas: todas ellas lesionan al hombre en su esencia a partir de la consideración de factores que, en relación con toda persona, respecto de su dignidad, son apenas accidentes. El artículo 5 de la Carta declara, como uno de los fundamentos de la organización jurídica, que 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.

DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE HIJOS-Aplicación por las normas legales y acuerdos de voluntad/**INAPLICACION DE NORMAS**-Discriminación entre hijos

El artículo 42 de la Constitución Política otorga la misma importancia a toda familia, independientemente de que haya surgido merced a la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o, sin matrimonio, por la voluntad responsable de conformarla; y, como consecuencia de ello, declara sin ambages que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. Y ello no solamente en relación con el trato que les brinde la ley -de la cual han quedado definitivamente excluidas las odiosas distinciones como las de los hijos naturales o ilegítimos- sino respecto del que les deben dispensar sus propios padres, las autoridades administrativas, los establecimientos educativos y la comunidad en general. De esa obligación, que a todos cobija por ministerio de la Constitución, no están excluidas las empresas ni las entidades de seguridad social que deban reconocer, asignar y pagar prestaciones sociales, y con tal objeto están autorizadas por el artículo 4 de la Constitución Política para inaplicar por

inconstitucionales las normas legales y los acuerdos de voluntad -convenciones o pactos colectivos, por ejemplo- que sean incompatibles con los aludidos preceptos fundamentales, es decir todo aquello que introduzca discriminaciones basadas exclusivamente en el origen matrimonial o extramatrimonial de los hijos.

TUTELA TEMERARIA POR DEMANDADO-Aplicación

Si bien el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, consagra sanciones para la temeridad del demandante en los procesos de amparo, del principio de igualdad, aplicable también en materia procesal, y del imperativo equilibrio que el juez debe propiciar en todo juicio se deduce que los deberes mínimos dentro de él son exigibles a ambas partes, y si se quiere con mayor rigor a aquella de la cual se esperaría, en consideración a su superioridad - es el caso de las autoridades públicas, los patronos o los particulares que gozan de ostensible ventaja, en los procesos de tutela- que obrara con toda lealtad a las exigencias que impone el ordenamiento jurídico.

Referencia: Expediente T-150548.

Acción de tutela incoada por Esperanza Arenas Rueda, en representación de su hijo menor, Juan Camilo Pombo Arenas, contra "Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol-".

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los veintisiete (27) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Quinta de Revisión, a la cual correspondía por reparto el examen del presente caso, lo ha puesto a consideración del Plenario de la Corte, y ésta ha resuelto asumir su conocimiento, con arreglo al artículo 53 del Reglamento.

I. INFORMACION PRELIMINAR

La accionante, Esperanza Arenas Rueda, obrando a nombre de su menor hijo, Juan Camilo Pombo Arenas, presentó demanda de tutela contra la "Empresa Colombiana de Petróleos, "Ecopetrol".

Según la demanda, ella estuvo motivada en la omisión de Ecopetrol en la aplicación de la ley y de decisiones judiciales proferidas por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Barrancabermeja y por el Tribunal Superior de Bucaramanga, respecto de los derechos herenciales y patrimoniales reconocidos en favor del niño.

Estimó violados por la Empresa los derechos fundamentales de los niños (artículo 44 C.P.), en particular el de la igualdad (artículo 13 C.P.).

Arenas Rueda narró así los hechos:

> *"1. En el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de la ciudad de Barrancabermeja, se surtió proceso de filiación natural con petición de herencia por parte de Esperanza Arenas Rueda en su condición de madre y representante legal del menor Juan Camilo, contra Luz Marina Dueñas de Pombo, María Margarita y Andrea Carolina Pombo Dueñas, esposa e hijas del fallecido Ignacio Alberto Pombo Quitián, y demás herederos determinados e indeterminados.*
>
> *2. El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de la ciudad de Barrancabermeja, con fecha julio 19 de 1994 profirió sentencia declarando que el menor Juan Camilo Arenas Rueda es hijo extramatrimonial del señor Ignacio Alberto Pombo*

Quitián y de la suscrita Esperanza Arenas Rueda, reconociéndole derechos herenciales plenos, vocación hereditaria como hijo. Sentencia que fue confirmada en sus numerales 1, 2, 3, 5 y 6 por el Tribunal Superior de Bucaramanga en su Sala de Familia.

3. Otorgados los derechos herenciales plenos a mi menor hijo, procedí a solicitar a la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol que se procediera al reconocimiento de la cuota de pensión a favor de Juan Camilo, efectuando la redistribución de la pensión por sustitución del señor Ignacio Alberto Pombo Quitián, entre mi citado hijo y las menores María Margarita y Andrea Carolina Pombo Dueñas, hijas también del citado Pombo Quitián, a quienes les estaba siendo entregada la pensión.

4. En efecto, la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol por conducto de su Departamento de Pensionados, procedió a reconocer el derecho de mi menor hijo y efectuó una redistribución de la pensión por sustitución del señor Ignacio Alberto Pombo Quitián, enviándome mesadas durante los meses de agosto y septiembre de 1995.

5. Desde el mes de octubre de 1995 fue suspendido el envío de la cuota correspondiente a la pensión reconocida, y luego de múltiples reclamos por escrito, con fecha 22 de julio de 1996 recibí comunicación de la citada empresa en la que se me informa que "La Empresa no ha continuado cancelando la pensión referida al menor Juan Camilo por cuanto no se acreditó el derecho a disfrutar de esta prestación, de acuerdo con los requisitos exigidos por el artículo 112 de la Convención Colectiva de Trabajo".

6. Ante tal injusticia y tan absurdo fundamento, procedí a replicar contra tal decisión, pero la citada empresa, con fecha 29 de octubre de 1996 me comunica que la decisión adoptada es plenamente legal y que en consecuencia la ratifica.

7. La determinación tomada por la citada Empresa no puede ser aceptada ni permitir su cumplimiento, por la potísima razón de que es ilegal y además violatoria de derechos fundamentales de un menor de edad, y desconocedora de decisiones judiciales ejecutoriadas que obligan.

No puede ser que una Convención Colectiva de Trabajo, esté por encima de la ley y pueda desconocer derechos reconocidos mediante fallo judicial.

8. Es el derecho fundamental a la igualdad y los derechos del niño contemplados en los artículos 13 y 44 de la Constitución Política de Colombia los que se han vulnerado con el desconocimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, pues se pretende hacer distinción entre los hijos, cuando éstos son iguales ante la ley, sean legítimos o extramatrimoniales, estén o no inscritos en una entidad.

Se pretende exigir un imposible para reconocer el derecho de mi hijo, cual es que estuviera legalmente reconocido y debidamente inscrito como familiar del trabajador fallecido, cuando se sabe y se entiende que mi menor hijo fue reconocido como hijo del trabajador, mediante actuación judicial y luego de que éste falleciera, no antes.

Cómo exigir que el menor que legalmente no había sido reconocido por su padre vaya a estar debidamente inscrito como familiar ante la empresa, si precisamente

su padre no fue quien lo reconoció sino que tal reconocimiento se dio por decisión judicial. Entendiendo entonces, que es esa decisión judicial la que determina todo derecho del menor, y que se retrotraen todos los derechos en favor de quien le fueron reconocidos.

9. Con la negativa de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol de desconocer los derechos que han sido otorgados a mi menor hijo, Juan Camilo Pombo Arenas, se está privando a éste de derechos fundamentales como el derecho a la igualdad con los otros hijos del trabajador fallecido, quienes son sus hermanos, y sí reciben pensión; el derecho a la salud y la seguridad social, por que la pensión vincula el acceso a la atención médica; el derecho a la alimentación equilibrada, pues sin los recursos de la pensión mi menor hijo no puede recibir lo necesario para su desarrollo físico y mental, pues carezco de los recursos para ello; el derecho a la educación y la cultura, pues sin los recursos y demás medios que otorga el derecho a la pensión, el menor no tendrá acceso a educación y cultura; y, en general se verá desprotegido y en desigualdad frente a sus otros hermanos".

II. DECISIONES JUDICIALES

Tanto en primera como en segunda instancia se concedió la tutela.

Mediante providencia del 2 de octubre de 1997, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga ordenó al Departamento de Pensionados de Ecopetrol incluir al menor Juan Camilo Pombo Arenas, hijo del extrabajador Ignacio Alberto Pombo Quitián, dentro de la redistribución que efectúe con los demás hijos del causante de la pensión por sustitución y que procediera a cancelarle, dentro de las 48 horas siguientes, las cuotas que por tal concepto había dejado de percibir el menor desde octubre de 1995, así como aquello que en lo sucesivo le correspondiera.

Citó el Tribunal jurisprudencia de esta Corte en materia de igualdad y sostuvo:

"Conforme al anterior marco conceptual y jurisprudencial, no encuentra esta Corporación la razón que justifique el tratamiento diferencial que ha asumido la Empresa Colombiana de Petróleos frente a la situación planteada, pues está exigiendo un imposible de cumplir en este momento, y es el hecho de que el menor además de estar declarado judicialmente hijo, pueda estar inscrito por su padre como beneficiario de la pensión, lo cual no podía ocurrir en vida, si se tiene en cuenta que, tal como lo exige primigeniamente la Convención, este tenía que estar reconocido, y ese deber, no fue cumplido en esa oportunidad por el trabajador. Entonces dicha prerrogativa sólo podía surgir desde el momento en que adquirió la calidad de hijo de Ignacio Alberto Quitián (sic), mediante la sentencia que así lo declaró, fallo a partir del cual no se podía hacer ninguna distinción entre los hijos del causante.

De otra parte, llama la atención el proceder de la empresa al negar la inclusión del menor en la distribución de la pensión por sustitución, después de tener un concepto tan claro respecto a la interpretación del artículo 112 de la Convención, emitido por el departamento de Pensionados el 28 de noviembre de 1995 cuando entre otros dijo: "... Consideramos además que se debe tener en cuenta que la inscripción de los familiares sólo procede en primera instancia por la voluntad del trabajador, y por lo tanto mal podríamos decir que la Empresa como tal lleve a

cabo la inscripción de los mismos. De esta manera queremos enfocar la interpretación de esta norma en el sentido de que a pesar de no tener Ecopetrol la facultad para inscribir familiares, ésta debe reconocer el derecho a la sustitución pensional de los hijos (legítimos, reconocidos, póstumos o declarados judicialmente como hijos extramatrimoniales) de los trabajadores que fallecen a su servicio, aunque no estuviesen inscritos al momento del fallecimiento del mismo, ya que de conformidad con los parámetros constitucionales y legales, la Empresa debe en todo momento amparar al menor y a la familia (tanto de hecho, como de Derecho) como núcleo de la sociedad...".

Indudablemente, tal como se dijo en la interpretación que precede, el estar o no inscritos en la Empresa no es lo determinante para reconocer el derecho a la pensión por sustitución. Lo que sí determina este derecho es la calidad de hijo, y a ello ha de atenerse la Empresa, pues es apenas obvio que si al momento del fallecimiento del trabajador no estaba reconocido, no habría tampoco fundamento para inscribir a alguien que no existía jurídicamente para entonces.

Así las cosas, considera esta Sala, que la Empresa al dar una interpretación literal a la norma convencional dejando por fuera el hijo extramatrimonial, ha violado, por omisión el derecho a la igualdad, y por consiguiente habrá de tutelarse el derecho vulnerado, disponiendo que la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, dé igual tratamiento a los diferentes hijos del señor Ignacio Pombo, redistribuyendo la pensión por sustitución en el término de cuarenta y ocho horas, para que se dé al menor Juan Camilo Pombo Arenas lo que en derecho le corresponda.

Lo anterior, por cuanto no puede existir ley ni convención alguna en contra de las disposiciones constitucionales, y el inciso 6 del artículo 42 de la Carta Magna es clara cuando consagra: "Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes".

En efecto, claramente se advierte que la Constitución de 1991 protege tanto a la familia matrimonial como a la extramatrimonial, de suerte que la situación de igualdad reconocida por la legislación nacional, por el derecho comparado (como la Convención sobre los Derechos del niño y la Declaración Universal de los Derechos Humanos), por la jurisprudencia administrativa y penal, encuentra respaldo sólido en la Constitución Política de 1991 en cuanto reconoce y ordena igualdad de derechos para los hijos extramatrimoniales frente a los matrimoniales. Tratamiento éste contenido en una norma preceptiva o de aplicación directa y no programática, por cuanto este inciso no exige un desarrollo por parte del legislador, como sí lo hace para otros mandatos el mismo artículo 42".

Habiendo ejercido Ecopetrol de manera oportuna su derecho a impugnar el fallo ante la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Casación Civil y Agraria lo confirmó mediante Sentencia del 11 de noviembre de 1997, con ponencia del Magistrado, Doctor Pedro Lafont Pianetta.

La Corte Suprema adicionó el fallo impugnado e impuso a la Empresa Colombiana de Petróleos el pago de una multa equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales en favor de la Nación (Consejo Superior de la Judicatura).

Conviene citar los apartes esenciales del fallo:

"2.1. Se trata de una acción de tutela promovida por Esperanza Arenas Rueda contra la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol", para demandar el derecho de su hijo, Juan Camilo Pombo Arenas, a quien representa por ser menor de edad, a percibir la pensión proporcional sustituta de su finado padre Ignacio Alberto Pombo Quitián, extrabajador de la entidad oficial, y los demás derechos fundamentales del menor, porque la mencionda empresa estatal quebranta tales derechos al negarle las mesadas que le corresponden como hijo extramatrimonial del causante, reconocido judicialmente en el proceso de filiación tramitado en el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Barrancabermeja.

El Tribunal accedió a tutelar el derecho a la igualdad y con ello proteger los demás derechos del menor, porque considera que la Convención Colectiva de Trabajadores de Ecopetrol, que es el argumento central para tal negativa, no puede desconocer el derecho fundamental a la igualdad entre hijos legítimos y extramatrimoniales del causante, y con ello justifique su exclusión como beneficiario de derechos en igualdad de condiciones con respecto a las dos hijas legítimas del extinto, quienes han venido gozando de dichas prestaciones sociales por parte de la empresa.

Por su parte, la accionada, en su impugnación, manifiesta que la reclamación que hace la accionante sobre la sustitución pensional en favor de su hijo menor de edad, es de aquellas que se regulan por el Código Sustantivo del Trabajo y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989, es decir, a las que accede el funcionario que cumpla 20 años de servicio en una entidad, y no propiamente la pensión especial de carácter extralegal establecida exclusivamente a los trabajadores de Ecopetrol, que para acceder a ella, tiene establecido ciertos requisitos, como son el reconocimiento de los hijos por el trabajador y su correspondiente inscripción como beneficiario ante la entidad. De tal manera que si dicho extrabajador no tuvo la intención de reconocer al menor, ni tampoco lo inscribió, no es posible hacerlo dado su fallecimiento, por no poderse cumplir los requisitos señalados en aquel pacto colectivo.

Afirma, también, que es reiterada la jurisprudencia de las altas cortes en que, existiendo medios de defensa judicial distintos de la acción de tutela, los interesados deben acudir a éstos, y, como es el caso en estudio, corresponde a la jurisdicción laboral ordinaria dirimir el conflicto pues se trata de una sustitución pensional del extrabajador que resulta improcedente, repite, debatirse mediante el proceso excepcional de tutela. Y finalmente, dando alcance a la impugnación, la accionada adiciona en escrito del 24 de octubre de 1997, que a fin de evitar investigaciones de orden fiscal y penal, ha procedido a adelantar los trámites correspondientes al reintegro de las mesadas pagadas a favor del menor, dado que advierte que puede constituir un pago de lo no debido por no estar acreditado debidamente el derecho en su favor.

2.2. Precisado lo anterior, tampoco encuentra la Corte razón alguna para modificar el fallo atacado.

2.2.1. En efecto, no tiene razón el accionado cuando desestima la posibilidad de discriminación en este caso, porque, a su juicio, se trata de una "pensión especial". Por que esta sola circunstancia no es de aquella que autoriza hacer discriminación sobre el estado civil para reconocerla; sino que, por el contrario, deben ser otras las condiciones, distintas a las mencionadas, las que deben tenerse presentes, como, por ejemplo, tratarse de un disminuido físico o psíquico, huérfano, etc.

Así lo ha dicho la Corte Constitucional, cuando expresa que "...el derecho a la igualdad es objetivo y no formal, y él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales... Y sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado... La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohibe la arbitrariedad... En otro aparte sostiene, que en aras de proteger el principio a la igualdad, considere que la "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..." (Sent. No., T-047 del 14 de febrero de 1995).

2.2.2. Ahora, ciertamente la accionante también goza de acciones judiciales para controvertir ante la jurisdicción ordinaria el punto, no puede en este caso la accionada forzar a la accionante a que establezca dicho derecho en forma ordinaria laboral con un argumento formalmente contrario a los preceptos constitucionales, como es el de la discriminación de un derecho prestacional con el sólo fundamento de la discriminación del estado civil; razón por la cual se hacía imperativo acceder a la tutela impetrada, quedando mas bien la accionada con las acciones judiciales pertinentes para controvertir el asunto.

2.3. En consecuencia el fallo debe mantenerse. Sin embargo, encuentra la Sala temeraria la postura de la accionada, lo que hace necesario la imposición de la sanción correspondiente. En primer lugar, observa la Corte que la oposición e impugnación de la accionada se hace descansar en la discriminación convencional de derechos laborales de los hijos naturales reconocidos e inscritos voluntariamente en la empresa frente a los hijos declarados judicialmente pero no inscritos voluntariamente.

Siendo así las cosas, fácilmente se advierte que dicho comportamiento no solo resulta absolutamente contrario a la Constitución, sino que también carente de utilidad en su formulación pues no lo afecta económica ni socialmente. Luego, si ello es así, no puede menos que concluirse que la oposición e impugnación mencionadas carecen de fundamento jurídico suficiente y, por lo tanto, resultan temerarias, razón por lo cual la accionada se hace acreedora a la máxima multa correspondiente (artículo 74, num. 1 y 73 del C.P.C.)".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos en referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y según el Decreto 2591 de 1991.

2. Prevalencia de las garantías constitucionales sobre los acuerdos de voluntad. La igualdad de los hijos ante la Constitución

El caso objeto de examen muestra con toda evidencia la consciente vulneración de específicas garantías constitucionales por parte de la empresa demandada.

Ecopetrol, pese a la existencia de disposiciones expresas de la Carta Política que prohiben toda discriminación entre los hijos de una persona con base en el motivo de haber sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (artículos 13 y 42 C.P.), entendió que el niño Pombo Arenas no era familiar del exempleado Ignacio Alberto Pombo Quitián, y aplicó, contra los mandatos superiores, un artículo de la Convención Colectiva vigente según el cual "...cuando un trabajador fallezca al servicio de la Empresa y haya laborado para ésta durante siete (7) años o más y menos de veinte (20), se reconocerá una pensión especial de jubilación vitalicia, proporcional al tiempo laborado, a su cónyuge sobreviviente o compañera permanente y a sus hijos legalmente reconocidos que estén debidamente inscritos como familiares, que sean menores de dieciocho (18) años y aquellos que siendo mayores de edad estén incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez".

En realidad, la compañía prefirió el elemento formal que deducía el vínculo familiar de una simple inscripción sobre la sustancia del derecho que el hijo extramatrimonial tenía, al igual que sus hermanas, a la prestación de la cual se trataba. Peor todavía, Ecopetrol no tuvo en cuenta la existencia de un fallo, proferido por la jurisdicción ordinaria, que declaró la paternidad de la persona fallecida respecto del menor, y, desatendiento el efecto constitucional de la misma, siguió sosteniendo que el pago reclamado a favor de aquél no tenía "sustento legal alguno"; que había un cobro de lo no debido y que aguardaría a que la justicia laboral decidiera sobre la sustitución de la pensión extralegal (Cfr. Fls. 4 y 5 del expediente).

Por ello, con justa razón, el Tribunal de Bucaramanga y la Corte Suprema de Justicia hicieron que surtiera efectos en este proceso el principio de prevalencia del Derecho sustancial (artículo 228 C.P.) sobre aspectos puramente externos, del todo accidentales, e hicieron valer a la Constitución como norma de normas (artículo 4 C.P.).

Los fallos proferidos deben ser confirmados, pues se ajustan a los postulados de la Carta Política y desarrollan acertadamente la doctrina constitucional sentada por esta Corte sobre los puntos materia de controversia.

La Corte Constitucional, reafirmando esa doctrina, expresa ahora:

-La Constitución Política como estructura fundamental del Estado, obliga por encima de cualquier otra disposición puesta en vigencia por los órganos constituidos. De allí que, en caso de incompatibilidad entre dos reglas de Derecho -una de rango constitucional y otra apenas de orden legal o de inferior jerarquía- debe aplicarse, tanto por el Estado en todos sus organismos y funcionarios como por los particulares, el mandato de la Constitución.

Prevalece, por tanto, también y en todo su vigor respecto de los contratos, pactos acuerdos o convenciones de carácter civil, comercial, laboral o de otro orden, bien que sean celebrados por entidades públicas, ya por particulares, o entre unos y otros.

-La Constitución prohibe toda discriminación entre los seres humanos, y rechaza distinciones fundadas en el sexo, la raza, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica y, por supuesto, las provenientes del origen nacional o familiar de las personas: todas ellas lesionan al hombre en su esencia a partir de la consideración de factores que, en relación con toda persona, respecto de su dignidad, son apenas accidentes.

El artículo 5 de la Carta declara, como uno de los fundamentos de la organización jurídica, que 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.

Concretamente, en relación con el asunto objeto de estudio, el artículo 42 *ibidem* otorga la misma importancia a toda familia, independientemente de que haya surgido merced a la decisión

libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o, sin matrimonio, por la voluntad responsable de conformarla; y, como consecuencia de ello, declara sin ambages que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. Y ello no solamente en relación con el trato que les brinde la ley -de la cual han quedado definitivamente excluidas las odiosas distinciones como las de los hijos naturales o ilegítimos- sino respecto del que les deben dispensar sus propios padres, las autoridades administrativas, los establecimientos educativos y la comunidad en general. De esa obligación, que a todos cobija por ministerio de la Constitución, no están excluidas las empresas ni las entidades de seguridad social que deban reconocer, asignar y pagar prestaciones sociales, y con tal objeto están autorizadas por el artículo 4 de la Constitución Política para inaplicar por inconstitucionales las normas legales y los acuerdos de voluntad -convenciones o pactos colectivos, por ejemplo- que sean incompatibles con los aludidos preceptos fundamentales, es decir todo aquello que introduzca discriminaciones basadas exclusivamente en el origen matrimonial o extramatrimonial de los hijos.

Todo lo anterior, en el caso concreto, sobre la base -en gracia de discusión- de que la Convención Colectiva hubiese discriminado entre los hijos por su origen matrimonial o extramatrimonial. La Corte considera que no lo hizo y que la Empresa malinterpretó el contenido de la Convención y la usó como pretexto para suspender los pagos al menor afectado.

Violó así sus derechos prevalentes, discriminándolo sin fundamento, no obstante el reconocimiento judicial de su carácter de hijo del causante.

3. La temeridad del demandado en tutela

La sanción que impuso la Corte Suprema de Justicia a la sociedad demandada merece también confirmación. No vulnera, como se dijo en escrito dirigido a esta Corporación, el Decreto 2591 de 1991, pues si bien el artículo 38 de éste consagra sanciones para la temeridad del demandante en los procesos de amparo, del principio de igualdad, aplicable también en materia procesal, y del imperativo equilibrio que el juez debe propiciar en todo juicio se deduce que los deberes mínimos dentro de él son exigibles a ambas partes, y si se quiere con mayor rigor a aquella de la cual se esperaría, en consideración a su superioridad -es el caso de las autoridades públicas, los patronos o los particulares que gozan de ostensible ventaja, en los procesos de tutela- que obrara con toda lealtad a las exigencias que impone el ordenamiento jurídico.

La temeridad constituye en general una reprochable conducta mediante la cual una persona, independientemente de su posición activa o pasiva dentro del proceso, hace uso indebido de los instrumentos legales de orden sustancial o procesal -desvirtuándolos-, en búsqueda de efectos favorables a sus pretensiones.

La modalidad consagrada en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 es tan sólo una de las que pueden presentarse en los diferentes procesos y que deben ser sancionadas para no propiciar que éstos arrojen resultados favorables a quien abusa de sus derechos o esgrime en su defensa razones abiertamente contrarias al sistema jurídico.

Por eso la Corte Constitucional admite que, aunque no toda regla del Código de Procedimiento Civil puede ser aplicada a los procesos de tutela, que tienen sus propias disposiciones, ello es posible y aun necesario a falta de norma específica y siempre que no riña con la naturaleza informal, sumaria e inmediata que la Constitución le ha señalado ni con el propósito básico que le corresponde, relativo a la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Así acontece en el caso de la atribución judicial reivindicada y usada por la Corte Suprema de Justicia en este caso, pues el Decreto 2591 de 1991 apenas contempla la

sanción por temeridad referente a una conducta de la parte activa dentro del excepcional procedimiento previsto en el artículo 86 de la Constitución, pero nada dice sobre la necesaria corrección de las conductas que en el mismo sentido provengan del demandado o de cualquier interviniente dentro de aquél.

Por otra parte, es claro que en el evento considerado la Corte Suprema de Justicia se encontró ante afirmaciones que frente a la Constitución eran evidentemente inaceptables como posible defensa de la compañía demandada. Y, además, la posición adoptada por ella buscó la efectividad de los derechos fundamentales y la vigencia real de los postulados y mandatos superiores.

Como con claridad lo dijo el Fallo que se confirma, "la oposición e impugnación de la accionada se hace descansar en la discriminación convencional de derechos laborales de los hijos naturales reconocidos e inscritos voluntariamente en la empresa frente a los hijos declarados judicialmente pero no inscritos voluntariamente".

"Siendo así las cosas -señaló la Corporación-, fácilmente se advierte que dicho comportamiento no sólo resulta absolutamente contrario a la Constitución, sino también carente de utilidad en su formulación pues no lo afecta económica ni socialmente".

La Corte Constitucional también estima configurada la temeridad, por idénticas razones, y halla ajustada a la Carta Política la aplicación que hizo la Corte Suprema de los artículos 74, numeral 1, y 73 del Código de Procedimiento Civil.

DECISION

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, unificando su jurisprudencia, y administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR, en todas sus partes, el Fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el asunto de la referencia.

Segundo. DESE aplicación a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ, Magistrada (E.)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

NORMAS DECLARADAS EXEQUIBLES

MAYO 1998

PAGINAS

1925

Ley 83 de 1925, artículo 11 en la parte que dice: «Autorízase a los departamentos para monopolizar la producción del alcohol impotable». Sentencia C-256 de mayo 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1884. Actora: María Carolina Rodríguez Ruiz. 478

1968

Decreto 3135 de 1968, artículo 37. Sentencia C-229 de mayo 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1874. Actor: Milton Josué Sánchez Castillo. 360

Decreto 3118 de 1968, artículo 21. Sentencia C-233 de mayo 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-1892. Actores: Orlando Nuñez B. y Otro. 399

1970

Decreto 1355 de 1970, artículo 207 numerales 2° y 3°. Sentencia C-199 de mayo 13 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-1851. Actor: Alberto Franco. 297

1981

Ley 56 de 1981, artículo 7° las expresiones «Las entidades propietarias pagarán a los municipios los impuestos, tasas, gravámenes o contribuciones de carácter municipal diferentes del impuesto predial, únicamente a partir del momento en que las obras entren en operación o funcionamiento y dentro de las siguientes limitaciones: a) Las entidades propietarias de obras para generación de energía eléctrica, podrán ser gravadas con el impuesto de industria y comercio». Sentencia C-194 de mayo 7 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exps. acumulados D-1834, D-1852, D-1855, D-1861 y D-1864. Actores: Guillermo Chahín Lizcano y Otros. 239

1989

Decreto 624 de 1989, artículo 476 numerales 3° y 11, tal como quedó modificado por el artículo 13 de la Ley 223 de 1995. Sentencia C-183 de mayo 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-1801. Actora: Patricia Mier Barrios. 70

Decreto 624 de 1989, artículo 636 inciso 1, y por unidad de materia artículos 634 y 812. Sentencia C-257 de mayo 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-1899. Actora: Ana Lucía Padrón Carvajal. 510

1990

Ley 10 de 1990, artículo 30 apartes acusados. Sentencia C-202 de mayo 13 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1876. Actor: José Antonio Galán Gómez. 347

1991

Decreto 2591 de 1991, artículo 15 la expresión «... del presidente de la sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso...». Sentencia C-186 de mayo 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. D-1847. Actor Vicente Noguera Paz. 145

1993

Ley 100 de 1993, artículos 33 parágrafo primero, inciso segundo y 209. Sentencia C-177 de mayo 4 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1825. Actora: Olga Lucía Abril. 33

Ley 42 de 1993, artículos 80 inciso primero y 81 incisos primero y segundo. Sentencia C-189 de mayo 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1859. Actora: Elsa Beatriz Tobón Duarte. 173

Ley 65 de 1993, artículos 20 apartes demandados, 28, 31, 44-e aparte demandado, 46, 85, 94, 95, 110 el aparte del inciso primero que dice: «salvo grave amenaza de alteración del orden, caso en el cual la restricción deberá ser motivada» e INEXEQUIBLE el parágrafo del mismo artículo, 121 e INEXEQUIBLE el numeral 7 de la primera parte del mismo artículo que dice: «Descansar en la cama durante el día sin motivo justificado», 122, 123-4 e INEXEQUIBLE la expresión «tendrá derecho a dos horas de sol diarias y» contenida en el numeral 3 de la segunda parte de dicho artículo, 126-3, 127 las siguientes expresiones: «agraven» y «el daño producido», e INEXEQUIBLE la expresión «y situaciones análogas» del mismo artículo, 135 inciso segundo, 137, 165, 167 y 170. Sentencia C-184 de mayo 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-1821. Actor: Marco Fidel Gómez Valle. 98

1994

Ley 143 de 1994, artículo 97 aparte acusado. Sentencia C-228 de mayo 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-1872. Actores: Carlos Germán Farfán Patiño y Otro. 354

1995

Ley 200 de 1995, artículo 30 numeral 1° parágrafo, los apartes demandados. Sentencia C-187 de mayo 6 de 1998. Magistado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-1849. Actor: Roberto Bornacelli Guerrero. 151

Ley 222 de 1995, artículos 143 y 144. Sentencia C-255 de mayo 27 de 1998. Magistrada Ponente (E): Dra. Carmenza Isaza de Gómez. Exp. D-1878. Actoras: Nasiris Cabarcas Lara y otras. 472

PAGINAS

Ley 223 de 1995, artículo 97 -parcial-, que modificó el 211 del Estatuto Tributario.Sentencia C-188 de mayo 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-1856. Actor: Marcel Tangarife Torres. 162

1996

Ley 258 de 1996, artículo 8 la frase «... y permitirá el levantamiento judicial de este gravamen para hacer posible la expropiación». Sentencia C-192 de mayo 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-1877. Actores: José Euripides Parra Parra y Fabián López Guzmán. 221

Ley 284 de 1996, artículo 4 numeral 2 la expresión «Cuando la autoridad competente decrete la expropiación del inmueble...». Sentencia C-192 de mayo 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-1877. Actores: José Euripides Parra Parra y Fabián López Guzmán. 221

Ley 286 de 1996, artículo 2°. Sentencia C-198 de mayo 13 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-1845. Actor: Rafael Galvis Jaramillo. 288

Ley 331 de 1996, artículo 48 inciso primero. Sentencia C-201 de mayo 13 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1869. Actor: Juan Humberto Meza Giraldo. 328

Ley 335 de 1996, artículo 17 inciso segundo. Sentencia C-200 de mayo 13 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-1862. Actora: Clara Stella Ramos Sarmiento. 318

1997

Decreto ley 1672 de 1997. Sentencia C-254 de mayo 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Exps. D-1776 y D-1795. Actores: Sergio González Rey y Otro. 458

Ley 372 de 1997, artículo 2 las expresiones «prevención y corrección de las enfermedades del ojo y del sistema visual por medio del examen, diagnóstico, tratamiento y manejo que conduzcan a lograr la eficiencia visual y la salud ocular, así como el... «, artículo 3 el encabezamiento y los literales a), b), c) y d) e inciso segundo del parágrafo, que dice: «Lo anterior no se aplica a los profesionales que a la fecha de promulgación de la presente Ley ostenten solamente el registro profesional vigente, quienes para obtener la tarjeta profesional, deberán acreditar la nivelación correspondiente», artículo 4 literales b) y e), g), h), i) y j), artículo 6, artículo 7, artículo 8 literales a), b), c), d) y e), y primera parte del parágrafo que dice: El requisito de tarjeta profesional no regirá para los integrantes del primer consejo, mientras dura la organización y trámite correspondiente y artículo 9. Sentencia C-251 de mayo 26 de 1998. Magistrados Ponentes: Dr. José Gregorio Hernández Galindo y Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1836. Actor: Néstor Raúl Correa Henao. 409

Ley 383 de 1997, artículos 15 a 21 y el numeral 1° del artículo 51, salvo el inciso segundo del artículo 19 que se declara INEXEQUIBLE. Sentencia C-194 de mayo 7 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exps. acumulados D-1834, D-1852, D-1855, D-1861 y D-1864. Actores: Guillermo Chahín Lizcano y Otros. 239

Ley 383 de 1997, artículo 6 inciso segundo y parágrafo. Sentencia C-231 de mayo 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-1883. Actor:Rafael Alfredo Olea Jiménez. 381

Ley 383 de 1997, artículo 66. Sentencia C-232 de mayo 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-1889. Actores: Carlos Germán Farfán Patiño y Otro. 387

Ley 393 de 1997, artículo 9° inciso 2°, salvo la expresión «la norma o» que se declara INEXEQUIBLE. Sentencia C-193 de mayo 7 de 1998. Magistrados Ponentes: Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-1863. Actor: Miguel Antonio Zamora Avila. 228

Ley 397 de 1997, artículo 39. Sentencia C-185 de mayo 6 de 1998. Magistrada Ponente (E): Dra. Carmenza Isaza de Gómez. Exp. D-1843. Actor: Fabio de Jesús Hernández Bustamante. 137

Ley 397 de 1997, artículo 9° la expresión «la plataforma continental». Sentencia C-191 de mayo 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-1868. Actor: Danilo Devis Pereira. 199

Ley 404 de 1997. Sentencia C-226 de mayo 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. L.A.T. 106. 547

1998

Ley 421 de 1998. Sentencia C-227 de mayo 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. L.A.T. 114. 566

CODIGOS:

CODIGO CIVIL

Artículo 2229, la expresión acusada. Sentencia C-252 de mayo 26 de 1998. Magistrada Ponente (E): Dra. Carmenza Isaza de Gómez. Exp. D-1870. Actor: Alonso Valencia Salazar. 448

CODIGO DE COMERCIO

Artículo 694. Sentencia C-252 de mayo 26 de 1998. Magistrada Ponente (E): Dra. Carmenza Isaza de Gómez. Exp. D-1870. Actor: Alonso Valencia Salazar 448

OBJECIONES PRESIDENCIALES

EXEQUIBLE proyecto de ley número 248/97 Senado 50/96 Cámara salvo el artículo 1, que se declara INEXEQUIBLE. Sentencia C-196 de mayo 13 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. O.P. 022. 519

NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES
MAYO 1998

1925 PAGINAS

Ley 83 de 1925, artículo 9. Sentencia C-256 de mayo 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1884. Actora: María Carolina Rodríguez Ruiz. 478

1928

Ley 116 de 1928, artículo 2°, Parágrafo segundo. Sentencia C-230 de mayo 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-1881. Actor: Luis Camilo O'meara Riveira. 372

1970

Decreto 1355 de 1970, artículo 207 numeral 1o. Sentencia C-199 de mayo 13 de 1998 Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-1851. Actor: Alberto Franco. 297

1993

Ley 393 de 1997, artículo 9° inciso 2°, la expresión «la norma o». Sentencia C-193 de mayo 7 de 1998. Magistrados Ponentes: Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-1863. Actor: Miguel Antonio Zamora Avila. 228

Ley 65 de 1993, artículos 110 parágrafo, 121 numeral 7 de la primera parte que dice: «Descansar en la cama durante el día sin motivo justificado», 123-4 la expresión «tendrá derecho a dos horas de sol diarias y» contenida en el numeral 3 de la segunda parte de dicho artículo, 127 la expresión «y situaciones análogas». Sentencia C-184 de mayo 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-1821. Actor: Marco Fidel Gómez Valle. 98

1996

Ley 331 de 1996, artículo 48 parágrafo. Sentencia C-201 de mayo 13 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1869. Actor: Juan Humberto Meza Giraldo. 328

1997

Ley 372 de 1997, artículo 3 inciso primero del parágrafo que dice: «Los optómetras que obtengan la tarjeta profesional están autorizados para utilizar los medicamentos que el Consejo Técnico Nacional Profesional de Optometría establezca y reglamente de acuerdo con el artículo 8 de la presente Ley», artículo 8 literales f), g) y h), así como su parágrafo transitorio que dice: «El Consejo Técnico Nacional de Optometría expedirá, en un lapso de tiempo no mayor de seis (6) meses su posesión (sic), el

Código de Etica Optométrica». Sentencia C-251 de mayo 26 de 1998. Magistrados Ponentes: Dr. José Gregorio Hernández Galindo y Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1836. Actor: Néstor Raúl Correa Henao. 409

Ley 383 de 1997, artículo 19 inciso segundo. Sentencia C-194 de mayo 7 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exps. acumulados D-1834, D-1852, D-1855, D-1861 y D-1864. Actores: Guillermo Chahín Lizcano y Otros. .. 239

OBJECIONES PRESIDENCIALES

INEXEQUIBLE artículo 1 del proyecto de ley número 248/97 Senado 50/96 Cámara. Sentencia C-196 de mayo 13 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. O.P. 022. 519

INEXEQUIBLE Artículo 1 del proyecto de ley 48/97 Senado y 151-190/96 Cámara «Mediante la cual se aclaran los artículos 146 de la Ley 100 de 1993 y 1 de la Ley 332 de 1996». Sentencia C-197 de mayo 13 de 1998. Magistrados Ponentes: Dr. José Gregorio Hernández Galindo y Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. O.P. 023 529

INDICE TEMATICO
MAYO 1998

	PROVIDENCIA	PAGINAS
ACCESO A LA PRESTACION DEL SERVICIO DE LARGA DISTANCIA-Naturaleza legal	(S.V. SU-182/98)	961
ACCION DE CUMPLIMIENTO-Es pública	(S.V. C-193/98)	236
ACCION DE CUMPLIMIENTO-Finalidad	(S. C-193/98)	228
ACCION DE CUMPLIMIENTO-Improcedencia de exigir otro medio judicial	(S.V. C-193/98)	236
ACCION DE CUMPLIMIENTO-Mecanismo idóneo para el cumplimiento de ley material y actos administrativos	(S. C-193/98)	228
ACCION DE CUMPLIMIENTO-Utilización para hacer efectivos mandatos constitucionales	(S.V. C-193/98)	235
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Motivación acto de retiro del servicio	(S.V. SU-250/98)	1104
ACCION DE TUTELA Y ACCION DE CUMPLIMIENTO-Naturaleza diferente	(S.V. C-193/98)	236
ACCION DE TUTELA Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Ejercicio conjunto	(S. A-020A/98)	27
ACCION DE TUTELA-Actuación de docente que desconoce derechos fundamentales de alumnos	(S. T-259/98)	848
ACCION DE TUTELA-Alcance	(S. T-204/98)	623
ACCION DE TUTELA-Alcance	(S. T-244/98)	782
ACCION DE TUTELA-Carácter extraordinario	(S. T-204/98)	623
ACCION DE TUTELA-Carácter personal y concreto	(S. T-249/98)	832
ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario	(S.V. SU-250/98)	1104
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-215/98)	681
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-216/98)	683
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-235/98)	725
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-241/98)	760
ACCION DE TUTELA-Consecuencias por la universalización	(S.V. SU-182/98)	958
ACCION DE TUTELA-Finalidad	(S. T-249/98)	832

	PROVIDENCIA	PAGINAS
ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra actos de carácter general, impersonal y abstracto	(S.V. SU-182/98)	959
ACCION DE TUTELA-Improcedencia en favor de persona fallecida	(S. T-249/98)	832
ACCION DE TUTELA-Improcedencia general de pago de acreencias laborales	(S. T-205/98)	637
ACCION DE TUTELA-Improcedencia para reintegro por retiro del servicio	(S. T-176/98)	591
ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no ejercicio oportuno de recursos	(S. T-235/98)	726
ACCION DE TUTELA-Improcedencia por vencimiento del término de caducidad de la acción	(S. T-176/98)	591
ACCION DE TUTELA-Necesidad de probar la afectación del derecho fundamental	(S.V. T-263/98)	912
ACCION DE TUTELA-No se concede contra conductas legítimas de un particular	(S.V. T-263/98)	912
ACCION DE TUTELA-No sustituye mecanismos de defensa judicial	(S. T-262/98)	876
ACCION DE TUTELA-Pago de mesadas pensionales futuras	(S. T-221/98)	707
ACCION DE TUTELA-Procedencia contra representantes de una Iglesia o confesión religiosa	(S. T-263/98)	884
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para pago de acreencias laborales	(S. T-210/98)	660
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para pago de acreencias laborales	(S. T-211/98)	664
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para pago de acreencias laborales	(S. T-212/98)	667
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para pago de acreencias laborales	(S. T-213/98)	671
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para pago de acreencias laborales	(S. T-220/98)	703
ACCION DE TUTELA-Protección preventiva y no sólo en caso de gravedad	(S. T-260/98)	859
ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad	(S. T-176/98)	591
ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad	(S. SU-250/98)	1071
ACCION DE TUTELA-Vulneración o amenaza de derechos fundamentales	(S. T-266/98)	925
ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Análisis constitucional debe darse en abstracto	(S. C-256/98)	481

	PROVIDENCIA	PAGINAS
ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No procede para resolver contradicciones entre normas nacionales y el derecho comunitario	(S. C-256/98)	482
ACCION SANCIONATORIA EN EL PROCESO DE CONTROL DEL REGIMEN CAMBIARIO-Término de prescripción	(S. C-231/98)	381
ACCIONES DE CLASE O DE GRUPO	(S. T-244/98)	782
ACCIONES ORDINARIAS-Actos administrativos subjetivos	(S. C-193/98)	228
ACCIONES POPULARES-Características y alcance	(S. T-244/98)	782
ACLARACION SENTENCIAS DE REVISION DE TUTELA-Improcedencia	(S. A-019/98)	18
ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTO JURISDICCIONAL-Diferencias	(S. C-189/98)	174
ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación	(S. SU-250/98)	1071
ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación como requisito de validez	(S. SU-250/98)	1072
ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación concomitante y posterior	(S. SU-250/98)	1072
ACTOS DE CONTROL FISCAL-Naturaleza administrativa	(S. C-189/98)	174
ACTOS DE LA ADMINISTRACION-Violación de la igualdad no implica que la competencia radique en juez de tutela	(S.V. SU-182/98)	959
ACUERDO DE CARTAGENA	(S. C-256/98)	481
AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Falta de anuencia del afectado	(S. T-217/98)	686
AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Inexistencia de presupuestos por fallecimiento del titular de los derechos	(S. T-249/98)	832
AISLAMIENTO DE INTERNOS	(S. C-184/98)	101
ALUMNO EN PROCESO EDUCATIVO-Participación activa	(S. T-259/98)	847
ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS-Límites constitucionales y legales	(S. T-216/98)	683
ASOCIACION CIVICA DE URBANIZACION-Circulares que invitan al pago de cuota de administración	(S. T-247/98)	816
ASOCIACION CIVICA DE URBANIZACION-Libertad de los residentes de pertenecer a ella	(S. T-247/98)	816
AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES EN MATERIA DE MONOPOLIO RENTISTICO	(S. C-256/98)	479

	PROVIDENCIA	PAGINAS
AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-No configura modelo federal	(S. C-256/98)	479
AUTONOMIA DE LA CONTRALORIA	(S. C-189/98)	173
AUTONOMIA DE LA CONTRALORIA-Revisión de sus actos	(S. C-189/98)	175
AUTONOMIA JUDICIAL-Desconocimiento	(S.V. C-194/98)	282
AUTONOMIA LEGISLATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA-Derogación de normas	(S. C-228/98)	354
AUTONOMIA TRIBUTARIA DE MUNICIPIOS Y DEPARTAMENTOS	(S. C-232/98)	387
BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	(S. C-191/98)	199
BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Tratados internacionales no forman parte	(S. C-191/98)	199
BONIFICACION EXTRALEGAL-Reconocimiento en institución bancaria	(S. T-203/98)	617
BONOS PENSIONALES-Procedencia de tutela para reclamar su remisión	(S. T-241/98)	760
CADUCIDAD DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	(S. C-256/98)	478
CARCELES-Material pornográfico	(S. C-184/98)	99
CARRERA ADMINISTRATIVA PARA EMPLEADOS DE LA SALUD	(S. C-202/98)	347
CARRERA NOTARIAL-Organismo que la administra	(S. SU-250/98)	1073
CESANTIA DEFINITIVA-Retraso en el pago	(S. T-205/98)	637
CLAUSULA DE ERRADICACION DE LAS INJUSTICIAS PRESENTES-Deberes positivos del Estado	(S. SU-225/98)	1033
CLAUSULA DE ERRADICACION DE LAS INJUSTICIAS PRESENTES-Verificación judicial sobre cumplimiento del mandato constitucional	(S. SU-225/98)	1033
CODIGO DE ETICA OPTOMETRICA-Expedición corresponde al legislador	(S. C-251/98)	412
COLONIAS AGRICOLAS-Constitucionalidad	(S. C-184/98)	98
COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES-Omisiones que amenacen o violen derechos fundamentales	(S. SU-182/98)	937
COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Su actividad es regulada por el legislador	(S. C-200/98)	318
COMISO EN CARCELES	(S. C-184/98)	100
COMPETENCIA DE TUTELA-Alcance de la palabra jueces	(S. C-186/98)	145

	PROVIDENCIA	PAGINAS
CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Interés general coincide con interés particular	(S. C-200/98)	318
CONCURSO PUBLICO PARA CARRERA DOCENTE	(S. T-245/98)	795
CONCURSO PUBLICO PARA CARRERA DOCENTE-Origen de una persona	(S. T-245/98)	795
CONCURSO PUBLICO-Finalidad	(S. T-245/98)	795
CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA-Falta de superior jerárquico común	(S. A-020A/98)	27
CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA-Resolución	(S. A-020A/98)	27
CONGRESO-Expedición y derogación de normas generales en materia aduanera	(S. C-194/98)	240
CONGRESO-Fijación de la política tributaria	(S. C-188/98)	163
CONSEJO TECNICO NACIONAL PROFESIONAL DE OPTOMETRIA-Expedición de tarjeta profesional	(S. C-251/98)	412
CONSEJO TECNICO NACIONAL PROFESIONAL DE OPTOMETRIA-Inconstitucional autorización para establecer y reglamentar medicamentos	(S. C-251/98)	411
CONSEJO TECNICO NACIONAL PROFESIONAL DE OPTOMETRIA-Inconstitucional función de asesoría al ejecutivo	(S. C-251/98)	412
CONSTITUCION POLITICA-Aplicación de la ley conforme a los mandatos superiores	(S. T-243/98)	771
CONTRABANDO-Improcedencia de violación de la libertad de trabajo	(S. C-194/98)	241
CONTRABANDO-Pena de prisión	(S. C-194/98)	240
CONTRALORIA-Ejercicio de función administrativa	(S. C-189/98)	173
CONTRALORIAS-Naturaleza	(S. C-189/98)	173
CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Derecho a la igualdad	(S. C-200/98)	319
CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Terminación unilateral del concesionario no siempre causa perjuicios	(S. C-200/98)	320
CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Terminación unilateral del concesionario no vulnera interés general	(S. C-200/98)	318
CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Terminación unilateral del concesionario sirve al interés general	(S. C-200/98)	319
CONTRATO DE MADRES COMUNITARIAS-Carácter laboral	(S.V. SU-224/98)	1028

	PROVIDENCIA	PAGINAS
CONTRATO DE MADRES COMUNITARIAS-Aplicación de principios constitucionales y criterio sustancial	(S.V. SU-224/98)	1028
CONTRATO DE SEGURIDAD SOCIAL-Continuidad y excepción por incumplimiento	(S. T-181/98)	612
CONTRIBUYENTES-Autonomía del legislador para definirlos	(S. C-188/98)	162
CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO-Improcedencia para corregir aplicación de una disposición inconstitucional	(S. C-229/98)	360
CONVENCION COLECTIVA-Discriminación en incremento salarial por régimen de cesantías	(S. T-246/98)	808
CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO-Compromete a la comunidad internacional	(S. SU-195/98)	999
CONVENCION SOBRE PLATAFORMA CONTINENTAL-Hace parte del bloque de constitucionalidad	(S. C-191/98)	200
CONVENCIONES SOBRE DERECHO DEL MAR-Regulación del patrimonio cultural sumergido	(S. C-191/98)	201
CONVENIO INTERNACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE ESTUDIOS Y TITULOS DE EDUCACION SUPERIOR	(S. C-227/98)	566
CONVENIO INTERNACIONAL-Examen material	(S. C-227/98)	566
CORTE CONSTITUCIONAL-Carece de competencia para completar vacios, resolver contradicciones, actualizar la legislación	(S. C-189/98)	175
CORTE CONSTITUCIONAL-No le corresponde determinar vigencia de normas	(S. C-228/98)	354
COSA JUZGADA	(S. C-234/98)	407
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL	(S. C-190/98)	196
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL	(S. C-193/98)	228
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-No remunera ción de servidor público encargado por ausencia temporal	(S. T-243/98)	771
CREDITO PARA VIVIENDA A LARGO PLAZO-El prepago está permitido	(S. C-252/98)	448
CREDITO PARA VIVIENDA A LARGO PLAZO-Es regulado por normas de intervención del Estado	(S. C-252/98)	448
CUMPLIMIENTO DE FALLOS DE TUTELA-El no pago de prestaciones sociales frente a la prohibición de prisión por deudas	(S. T-242/98)	767
DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance	(S. SU-250/98)	1073

	PROVIDENCIA	PAGINAS
DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-No motivación acto de retiro del servicio	(S. SU-250/98)	1074
DEBIDO PROCESO EN ACTO ADMINISTRATIVO-No motivación retiro de un cargo	(SU-250/98)	1073
DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-No otorgamiento de término para subsanar irregularidades	(SU-224/98)	1015
DEBIDO PROCESO-Falta de notificación al demandado	(SU-195/98)	999
DEBIDO PROCESO-Interposición de recursos	(S. T-175/98)	588
DECLARACION DE INSUBSISTENCIA EN EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-No motivación	(SU-250/98)	1072
DECLARACION VOLUNTARIA DE LEGALIZACION DE MERCANCIAS	(S. C-231/98)	381
DECOMISO ADUANERO-Naturaleza	(S. C-194/98)	239
DECOMISO DE MERCANCIA-Requiere decisión judicial	(S.V. C-194/98)	282
DECOMISO-Medida de carácter administrativo	(S. C-194/98)	240
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No es función de la Corte prevenir errores de interpretación de la norma	(S. A-018/98)	13
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Rechazo por existir cosa juzgada absoluta	(S. A-018/98)	13
DERECHO A LA EDUCACION-Carácter fundamental	(S. T-239/98)	752
DERECHO A LA EDUCACION-Corte de cabello	(S. T-207/98)	647
DERECHO A LA EDUCACION-Deberes del estudiante	(S.P.V. T-259/98)	855
DERECHO A LA EDUCACION-Función social	(S. T-239/98)	752
DERECHO A LA EDUCACION-Retención de título o no graduación por incumplimiento de obligaciones económicas	(S. T-239/98)	752
DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS	(SU-182/98)	936
DERECHO A LA IGUALDAD EN CONCURSO PARA CARRERA DOCENTE-Oriundo de una región	(S. T-245/98)	795
DERECHO A LA IGUALDAD EN MATERIA DE SUBSIDIO FAMILIAR	(S. T-223/98)	715
DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE HIJOS-Aplicación por las normas legales y acuerdos de voluntad	(SU-253/98)	1106
DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE SERES HUMANOS-Protección	(SU-253/98)	1106

	PROVIDENCIA	PAGINAS
DERECHO A LA IGUALDAD-Discriminación en incremento salarial por régimen de cesantías	(S. T-246/98)	808
DERECHO A LA IGUALDAD-Facultad de elegir en universidad	(S. T-235/98)	726
DERECHO A LA IGUALDAD-Inexistencia de un evidente trato discriminatorio	(SU-224/98)	1015
DERECHO A LA IGUALDAD-Justificación de la diferencia de trato	(S. T-174/98)	581
DERECHO A LA IGUALDAD-Régimen diferenciado de pensiones	(S. C-229/98)	360
DERECHO A LA IGUALDAD-Separación de funciones por norma administrativa fundada en la edad	(S.V. SU-224/98)	1028
DERECHO A LA IGUALDAD-Trato sin diferencias entre personas que comportan una misma situación fáctica	(SU-224/98)	1015
DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL-Salud mental y sicológica	(S. T-248/98)	826
DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Emanaciones de mal olor incontrolado y evitable	(S. T-214/98)	675
DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Injerencia arbitraria por ruido molesto y evitable	(S. T-214/98)	675
DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA-Violación	(S.V. SU-182/98)	961
DERECHO A LA PENSION-Fundamental por conexidad	(S. C-177/98)	34
DERECHO A LA REMUNERACION	(S. T-243/98)	771
DERECHO A LA REMUNERACION EN REGIMEN DE ENCARGO	(A.V. T-243/98)	780
DERECHO A LA REMUNERACION-Protección por tutela	(S. T-243/98)	772
DERECHO A LA REMUNERACION-Racionalización del gasto público no puede afectarlo	(S. T-243/98)	772
DERECHO A LA SALUBRIDAD-Protección	(S. T-244/98)	783
DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad	(S. T-260/98)	859
DERECHO A LA SALUD-Protección preventiva y no solamente en caso de gravedad	(S. T-260/98)	859
DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Carácter fundamental	(S. T-236/98)	733
DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Desarrollo legislativo	(S.V. SU-225/98)	1066

	PROVIDENCIA	PAGINAS
DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Ordenes del juez de tutela no sustituyen cumplimiento y ejecución de leyes por las autoridades	(S.V. SU-225/98)	1066
DERECHO A LA SALUD MENTAL-Atención médica preventiva	(S. T-248/98)	826
DERECHO A LA SALUD MENTAL-Derechos constitucionales comprometidos	(S. T-248/98)	826
DERECHO A LA SALUD-Carácter prestacional	(S. T-236/98)	733
DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad	(S. T-208/98)	651
DERECHO A LA SALUD-Práctica de cirugía de cataratas	(S. T-260/98)	859
DERECHO A LA SALUD-Protección	(A.V. C-177/98)	67
DERECHO A LA SALUD-Retraso de cirugía para recobrar visión	(S. T-260/98)	859
DERECHO A LA SALUD-Traslado de docente enfermo	(S. T-208/98)	651
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS NIÑOS-Carácter fundamental	(S. T-223/98)	714
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS NIÑOS-Carácter fundamental	(S. T-236/98)	733
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD--Contenido	(S. C-177/98)	35
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Carácter prestacional	(S. T-236/98)	733
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Redefinición del concepto	(S. C-230/98)	372
DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS	(S. T-260/98)	859
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Discapacitado auditivo	(S. T-236/98)	734
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Salud mental y sicológica	(S. T-248/98)	826
DERECHO A LA VIDA-Actuación oportuna y eficaz por autoridades	(S. T-218/98)	689
DERECHO A LA VIDA-Medidas de reubicación para habitantes de zonas de alto riesgo	(S. T-218/98)	689
DERECHO A LA VIDA-Prevención de desastres que afecten habitantes de zonas de alto riesgo	(S. T-218/98)	689
DERECHO A RECIBIR LAS PRESTACIONES MEDICAS	(S. C-177/98)	35
DERECHO AL AMBIENTE SANO-Conexidad con derechos fundamentales hace procedente la tutela	(S. T-244/98)	782
DERECHO AL AMBIENTE SANO-Emanaciones de mal olor	(S. T-214/98)	675

	PROVIDENCIA	PAGINAS
DERECHO AL AMBIENTE SANO-Protección	(S. T-244/98)	783
DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA FRENTE A LA INJURIA-Protección constitucional es total	(S. T-263/98)	884
DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA-Necesidad de identificar a la persona	(S.V. T-263/98)	912
DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA-No afectación por no mención explícita del nombre por sacerdote	(S.V. T-263/98)	902
DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA-Rectificación de informaciones por sacerdotes	(S. T-263/98)	886
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Amonestación pública de alumno por uso de arete	(S. T-259/98)	848
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Corte de cabello	(S. T-207/98)	647
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Garantía por el educador	(S. T-259/98)	847
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Limitaciones impuestas por los derechos de los demás	(S.P.V. T-259/98)	855
DERECHO AL MEDIO AMBIENTE-Presupuestos para que proceda excepcionalmente la tutela	(S. T-244/98)	783
DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Pago oportuno de mesadas pensionales	(S. T-221/98)	707
DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Pago oportuno de mesadas pensionales actuales y futuras	(S. T-242/98)	767
DERECHO AL MINIMO VITAL DEL PENSIONADO-Inscripción en nómina	(S. T-264/98)	917
DERECHO AL MINIMO VITAL DEL TRABAJADOR-Pago de salarios atrasados con reajuste	(S. T-213/98)	671
DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DE LOS NIÑOS-Protección por tutela	(S. T-223/98)	714
DERECHO AL SUBSIDIO FAMILIAR DEL NASCITURUS-Efectividad al nacer	(S. T-223/98)	715
DERECHO AL SUFRAGIO-Principios clásicos	(S. T-261/98)	865
DERECHO AL SUFRAGIO-Reconocimiento internacional y constitucional de los principios clásicos	(S. T-261/98)	865

	PROVIDENCIA	PAGINAS
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Alcance	(S. T-208/98)	651
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Pago oportuno de salarios	(S. T-222/98)	711
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Traslado de docente enfermo	(S. T-208/98)	651
DERECHO AL TRABAJO FRENTE A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES-Facultad de desarrollar una labor remunerada	(SU-250/98)	1071
DERECHO AL TRABAJO-Derecho irrenunciable a ser recompensado proporcionalmente al servicio prestado	(S. T-243/98)	771
DERECHO AL TRABAJO-Inexistencia de vulneración por no darse una vinculación de carácter laboral	(SU-224/98)	1015
DERECHO AL TRABAJO-No es absoluto	(S. T-176/98)	591
DERECHO AL TRABAJO-No es absoluto	(SU-250/98)	1071
DERECHO AL TRABAJO-Violación	(S.V. C-194/98)	283
DERECHO AL VOTO SECRETO-Carácter fundamental	(S. T-261/98)	865
DERECHO AL VOTO SECRETO-Formulario E-10 y E-11	(S. T-261/98)	866
DERECHO COMUNITARIO Y TRATADOS DE INTEGRACION-No prevalecen sobre constitución	(S. C-256/98)	482
DERECHO COMUNITARIO-Derecho primario y secundario	(S. C-256/98)	481
DERECHO COMUNITARIO-Se adopta por ley ordinaria	(S. C-256/98)	482
DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Inexistencia de cierre de despacho por paro judicial	(S. T-219/98)	697
DERECHO DE ASOCIACION NEGATIVO-Improcedencia para el caso	(S. T-247/98)	816
DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL-No vulneración por negativa a bonificación en institución bancaria	(S. T-203/98)	617
DERECHO DE ASOCIACION-Fundamental con una connotación positiva y negativa	(S. T-247/98)	816
DERECHO DE DEFENSA DE MADRES COMUNITARIAS-Otorgamiento de término para subsanar irregularidades	(SU-224/98)	1015
DERECHO DE DEFENSA EN ACTO ADMINISTRATIVO-No motivación del retiro de una persona del cargo	(SU-250/98)	1073
DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA-No tiene carácter de fundamental	(S.V. SU-182/98)	960

	PROVIDENCIA	PAGINAS
DERECHO DE LIBERTAD ECONOMICA-No tiene carácter de fundamental	(S.V. SU-182/98)	960
DERECHO DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA-Alcance	(SU-195/98)	999
DERECHO DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA-Protección internacional	(SU-195/98)	999
DERECHO DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA-Protección real por la comunidad internacional	(SU-195/98)	999
DERECHO DE PARTICIPACION DE TODOS EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN-Elección de rector y decano de universidad estatal	(S. T-235/98)	725
DERECHO DE PARTICIPACION DE TODOS EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN-Protección por tutela	(S. T-235/98)	725
DERECHO DE PARTICIPACION EN LA CONFORMACION, EJERCICIO Y CONTROL DEL PODER POLITICO-Conglomerado universitario	(S. T-235/98)	725
DERECHO DE PARTICIPACION-Carácter fundamental	(S. T-235/98)	725
DERECHO DE PETICION EN VIA GUBERNATIVA-Aplicación	(S. T-240/98)	757
DERECHO DE PETICION FRENTE A PARTICULARES-Improcedencia por relación privada y contractual	(S. T-180/98)	607
DERECHO DE PETICION FRENTE A PARTICULARES-Procedencia excepcional	(S. T-180/98)	607
DERECHO DE PETICION Y RECURSO DE APELACION-Diferencias	(S. T-175/98)	588
DERECHO DE PETICION-Carácter excepcional de aplazamiento de respuesta	(S. T-265/98)	921
DERECHO DE PETICION-Definición	(S. T-180/98)	607
DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial	(S. T-209/98)	657
DERECHO DE PETICION-Pronta resolución	(S. T-206/98)	643
DERECHO DE PETICION-Pronta resolución	(S. T-209/98)	657
DERECHO DE PETICION-Respuesta sustancial	(S. T-238/98)	747
DERECHO DEL ALUMNO A LA AUTODETERMINACION	(S. T-259/98)	847
DERECHO DEL ALUMNO A UN TRATO DIGNO	(S. T-259/98)	847
DERECHO DEL MAR-Desarrollo	(S. C-191/98)	200
DERECHO DEL TRABAJADOR PARA ACCEDER A LA PENSION-Obligación de traslado de las sumas actualizadas a la EAP	(S. C-177/98)	34

	PROVIDENCIA	PAGINAS
DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Alcance	(SU-225/98)	1032
DERECHO LEGAL-Desconocimiento en la aplicación no se trueca en violación del derecho a la igualdad	(S.V. SU-182/98)	961
DERECHOS ADQUIRIDOS-Improcedencia de desconocimiento	(S. C-194/98)	241
DERECHOS COLECTIVOS-Conexidad con derechos fundamentales hace procedente la tutela	(S. T-244/98)	782
DERECHOS COLECTIVOS-Derrumbamiento del relleno sanitario "Doña Juana"	(S. T-244/98)	783
DERECHOS COLECTIVOS-Improcedencia de tutela para obtener de manera autónoma su protección	(S. T-244/98)	782
DERECHOS COLECTIVOS-No acreditación condición de procedencia extraordinaria de tutela	(S.V. SU-225/98)	1066
DERECHOS DE LOS INTERNOS-Inconstitucionalidad de dos horas de sol diarias	(S. C-184/98)	101
DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Conexidad con derechos fundamentales	(SU-225/98)	1031
DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES-Contenido esencial	(S. C-177/98)	33
DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Deficiente cobertura de servicio de vacunación	(SU-225/98)	1034
DERECHOS FUNDAMENTALES-Alcance	(SU-225/98)	1031
DERECHOS FUNDAMENTALES-Carácter de límite a la democracia y su inalienabilidad	(S.V. SU-182/98)	960
DERECHOS FUNDAMENTALES-Certeza sobre amenaza o violación	(S. T-260/98)	859
DERECHOS FUNDAMENTALES-Protección preventiva y no solamente en caso de gravedad	(S. T-260/98)	859
DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER PRESTACIONAL-Aplicación directa del núcleo esencial	(SU-225/98)	1032
DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER PRESTACIONAL-Doble contenido	(SU-225/98)	1031
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Función pública	(SU-182/98)	936
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO-Ejercicio de funciones públicas	(SU-182/98)	936
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS-No están excluidas de lo que se ajusta a su naturaleza, actividad y funciones	(SU-182/98)	935

	PROVIDENCIA	PAGINAS
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS-Titularidad en casos excepcionales	(S.V. SU-182/98)	959
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS-Reconocimiento en algunos casos	(S.V. SU-182/98)	959
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS-Señalamiento de los que resultan aplicables y protección por tutela	(SU-182/98)	935
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS-Especial protección constitucional	(SU-225/98)	1031
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS-Protección especial y prevalente	(S. T-223/98)	714
DERECHOS FUNDAMENTALES-Carácter personal	(S. T-249/98)	832
DERECHOS FUNDAMENTALES-Inalienables, inherentes y esenciales al ser humano	(S. T-249/98)	832
DERECHOS FUNDAMENTALES-No lo son por ejercicio de actividad edificada sobre derechos legales	(S.V. SU-182/98)	959
DERECHOS FUNDAMENTALES-Pérdida de fuerza normativa por generalización	(S.V. SU-182/98)	958
DERECHOS FUNDAMENTALES-Transitividad no es argumento para definirlos	(S.V. SU-182/98)	959
DERECHOS MINIMOS DE SUBSISTENCIA-Obligaciones internacionales	(S. C-177/98)	33
DERECHOS PRESTACIONALES-Carácter de fundamentales por expreso mandato constitucional	(SU-225/98)	1031
DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Violación por omisión del Estado	(S. C-177/98)	33
DISCURSO RELIGIOSO-Imputación de actos delictivos o deshonrosos	(S. T-263/98)	886
DISCURSO RELIGIOSO-Límites constitucionales	(S. T-263/98)	885
DISTRITO CAPITAL-Régimen especial no implica que legislador no pueda modificar prestación de servicios públicos	(S. C-198/98)	288
DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Protección especial a raizales	(S. T-174/98)	582
DOCENTE EN PROCESO EDUCATIVO-Nuevo modelo constitucional en su relación con los alumnos	(S. T-259/98)	847
DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURIDICAS	(SU-182/98)	935

	PROVIDENCIA	PAGINAS
DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA SALUD-Aplicación	(S.V. SU-225/98)	1066
DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL MINIMO VITAL	(SU-225/98)	1033
DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE VIA DE HECHO	(S. T-204/98)	623
EDUCACION EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Participación activa de alumnos	(S. T-259/98)	847
EJECUCION DEL PRESUPUESTO-Examen minucioso de cada situación	(S. T-174/98)	581
EJECUCION DEL PRESUPUESTO-Improcedencia general de tutela	(S. T-174/98)	581
EJECUCION DEL PRESUPUESTO-Primacía para la efectividad de los derechos fundamentales	(S. T-218/98)	689
EJERCICIO DE PODER POLITICO-Ambito de acción	(S. T-235/98)	726
EMPLEADOR-No pago de aportes	(S. C-177/98)	35
EMPLEADOR-Responsabilidad por no pago de aportes	(S. C-177/98)	35
EMPLEADOS DE CARRERA-Retiro debe ser motivado	(SU-250/98)	1073
EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS-Transitividad no permite transformar las competencias y objeto en derechos fundamentales	(S.V. SU-182/98)	958
ENFERMEDAD MENTAL-Atención médica preventiva	(S. T-248/98)	826
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y ESTADO-Relación contractual	(S. T-236/98)	735
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Reclamo de sobrecostos al Estado por cubrimiento de tratamiento médico excluido	(S. T-236/98)	735
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Tratamiento sicológico	(S. T-248/98)	827
ENTIDADES TERRITORIALES-Modificación de porcentajes de participación en financiación de proyectos	(S. C-201/98)	329
EPS-Interrupción de servicios	(S. C-177/98)	36
EPS-Repetición contra el empleador	(S. C-177/98)	36
ESPACIO PENITENCIARIO-Demarcación de terrenos	(S. C-184/98)	98
ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA	(SU-250/98)	1071
ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL POR NO CONVOCACION A CARRERA NOTARIAL	(SU-250/98)	1073
ESTATUTO TRIBUTARIO PARA IMPUESTOS DEL ORDEN NACIONAL-Aplicación a municipios y departamentos	(S. C-232/98)	387

	PROVIDENCIA	PAGINAS
EVASION Y CONTRABANDO	(S. C-194/98)	241
EXENCION TRIBUTARIA A ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS	(S. C-188/98)	162
EXENCION TRIBUTARIA A EVENTOS DE DANZA, MUSICA, OPERA, TEATRO Y FERIAS ARTESANALES	(S. C-185/98)	137
EXENCION TRIBUTARIA-Competencia del legislador	(S. C-185/98)	137
EXENCION TRIBUTARIA-Delimitación	(S. C-188/98)	163
EXENCION TRIBUTARIA-No extensible a empresas particulares	(S. C-188/98)	163
EXENCIONES-Autonomía del legislador para establecerlas	(S. C-188/98)	162
EXEQUATUR-Aplicación	(SU-195/98)	1000
EXEQUATUR-Exclusión	(S. C-226/98)	547
EXTINCION DE DOMINIO-Medida de carácter patrimonial	(S. C-194/98)	240
FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Delegación de facultad para suprimir o fusionar entidades	(S. C-254/98)	458
FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Fallecimiento del titular de derechos	(S. T-249/98)	832
FALTA DISCIPLINARIA DE LOS INTERNOS-En calificación no pueden apreciarse situaciones análogas	(S. C-184/98)	101
FONDO NACIONAL DE NOTARIADO-Constitucionalidad de la supresión	(S. C-254/98)	458
FONDOS DE COFINANCIACION-Cumplimiento de obligaciones	(S. C-201/98)	329
FONDOS DE COFINANCIACION-Naturaleza	(S. C-201/98)	328
FONDOS DE COFINANCIACION-Viabilización de proyectos específicos de desarrollo regional	(S. C-201/98)	329
FUNCION ADMINISTRATIVA ACTIVA Y PASIVA	(S. C-189/98)	173
FUNCION ADMINISTRATIVA-Omisión de autoridad de cumplir con sus obligaciones	(S. T-174/98)	581
FUNCION NOTARIAL-Es técnica	(SU-250/98)	1072
FUNCION NOTARIAL-Interés general	(SU-250/98)	1072
GRUPOS DISCRIMINADOS O MARGINADOS-Adopción de medidas	(SU-225/98)	1033
GRUPOS MARGINADOS O DISCRIMINADOS-Ejecución estatal de programa de vacunación de meningitis	(SU-225/98)	1034
GUARDIA PENITENCIARIO-Deber de evitar conversaciones	(S. C-184/98)	98
GUARDIA PENITENCIARIO-Responsabilidad por negligencia	(S. C-184/98)	98

	PROVIDENCIA	PAGINAS
HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Cierre	(SU-224/98)	1015
HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Vínculo contractual de origen civil	(SU-224/98)	1015
IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ACCESO AL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Alcance	(SU-182/98)	936
IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ACCESO AL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Protección por tutela	(SU-182/98)	937
IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Prerrogativas en favor de una persona	(S. T-245/98)	795
IGUALDAD ENTRE PERSONAS JURIDICAS-Protección de la igualdad entre individuos de la especie humana	(SU-182/98)	937
IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO A LA PENSION	(S. C-230/98)	372
IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS-Entidad titular	(S. C-185/98)	137
INAPLICACION DE NORMAS-Discriminación entre hijos	(SU-253/98)	1106
INAPLICACION DE NORMAS-Tratamiento sicológico	(S. T-248/98)	827
INAPLICACION DE REGLAMENTACION DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de medicamentos y tratamientos de alto costo	(S. T-236/98)	734
INDEFENSION DE LA MADRE-Perjuicio por separación forzada del hijo por el padre	(SU-195/98)	999
INDEFENSION-Debe probarse respecto de sermón de sacerdote	(S.V. T-263/98)	912
INDEFENSION-Determinación	(SU-195/98)	999
INDEFENSION-Sacerdote que ostenta una posición de supremacía social	(S. T-263/98)	884
INDEFENSION-Supremacía social	(S. T-263/98)	884
INHABILIDAD PARA EJERCER FUNCIONES PUBLICAS-Sanción accesoria	(S. C-187/98)	151
INHABILIDAD PARA EJERCER FUNCIONES PUBLICAS-Sanción accesoria no puede exceder a la principal	(S. C-187/98)	151
INHABILIDAD-Pena accesoria	(S. C-187/98)	151
INICIATIVA LEGISLATIVA PARA GASTO PUBLICO	(S. C-197/98)	529
INPEC-A la Dirección General le corresponde determinar estudios en cárceles	(S. C-184/98)	99

	PROVIDENCIA	PAGINAS
INTERNOS-Inconstitucionalidad de falta leve por descanso en el día en la cama	(S. C-184/98)	100
INTERPRETACION SISTEMATICA	(S. C-189/98)	173
IUS COGENS-Significado	(SU-195/98)	999
IUS POSTULANDI-Aplicación	(S. T-219/98)	697
JUEZ CONSTITUCIONAL-Alcance de facultades al analizar ámbito atribuido a profesión	(S. C-251/98)	409
JUEZ CONSTITUCIONAL-Respeto de jurisdicciones establecidas	(S. T-262/98)	876
JUEZ DE TUTELA-Afectación cierta y actual de derechos	(S. T-235/98)	725
JUEZ DE TUTELA-Improcedencia de trámite según la materia	(S. A-020A/98)	27
JUEZ DE TUTELA-No es ejecutor del gasto	(S. T-218/98)	689
JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DISCURSO RELIGIOSO	(S. T-263/98)	885
JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA-Intensidad cuando se presente indicio objetivo de inequidad en distribución de cargas públicas	(S. C-183/98)	70
JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Intensidad del control	(S. T-263/98)	886
JURISDICCION CONSTITUCIONAL-La integran todos los jueces en asuntos de tutela	(S. A-020A/98)	27
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Revisión de actos administrativos de orden disciplinario	(S. T-262/98)	876
LEGISLACION FISCAL-Actualización no puede hacerse por control constitucional	(S. C-189/98)	175
LEGISLADOR-Aplicación de fórmulas para evitar per juicios al trabajador por omisiones del patrono	(A.V. C-177/98)	68
LEGISLADOR-Desbordamiento de facultades para derogar o modificar legislación sustantiva	(S. C-201/98)	329
LEY ANUAL DE PRESUPUESTO-No debe establecer reglas sobre ejecución presupuestal	(S.V. C-201/98)	344
LEY APROBATORIA DE TRATADO-Trámite legislativo	(S. C-227/98)	566
LEY DE OPTOMETRIA-Trámite como ley estatutaria	(S.V. C-251/98)	437
LEY ESTATUTARIA-Cuándo se requiere	(S. C-251/98)	409
LEY INTERPRETATIVA-Contenido	(S. C-197/98)	529
LEY INTERPRETATIVA-No puede crear ley nueva	(S. C-197/98)	529
LEY MARCO PARA NIVELACION DE SALARIOS DE EMPLEADOS PUBLICOS	(S. C-196/98)	519

	PROVIDENCIA	PAGINAS
LEY MARCO-Directrices para el gobierno	(S. C-196/98)	519
LEY ORGANICA Y ANUAL DE PRESUPUESTO-Diferencias	(S. C-201/98)	328
LEY TRIBUTARIA-Efectos en la libre competencia y el mercado	(S. C-183/98)	71
LEY-Igualdad en el contenido y en la aplicación	(SU-182/98)	937
LIBERTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR	(S. C-198/98)	288
LIBERTAD DE CREACION DE EMPRESAS	(SU-182/98)	937
LIBERTAD DE CULTOS-Manifestación didáctica y pedagógica de los principios que le contradicen	(S.V. T-263/98)	912
LIBERTAD DE EMPRESA-Limitaciones	(SU-182/98)	937
LIBERTAD DE EXPRESION RELIGIOSA-Comentarios de sacerdote respecto de creencias gnósticas	(S. T-263/98)	886
LIBERTAD DE EXPRESION RELIGIOSA-No tiene carácter absoluto	(S. T-263/98)	885
LIBERTAD RELIGIOSA Y DE EXPRESION-Limitada por la efectividad de la dignidad de la persona	(S. T-263/98)	885
LIBERTADES DE ENSEÑANZA, APRENDIZAJE, INVESTIGACION Y CATEDRA-Alcance	(S. T-174/98)	581
LIBERTADES DE LOS INTERNOS	(S. C-184/98)	99
LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-No es derecho fundamental	(S.V. SU-182/98)	959
LLAMADO A PREVENCION EN TUTELA-Pago oportuno de salarios	(S. T-220/98)	703
LLAMADO A PREVENCION EN TUTELA-Remisión oportuna de bonos para pensión	(S. T-241/98)	760
MADRES COMUNITARIAS-Suspensión de actividad por edad	(SU-224/98)	1015
MANUAL DE CONVIVENCIA-Cumplimiento respecto a presentación personal	(A.V. T-259/98)	853
MANUAL DE CONVIVENCIA-Cumplimiento respecto a presentación personal	(S.P.V. T-259/98)	855
MEDIDAS CORRECTIVAS-Aplicación por funcionarios de Policía	(S.P.V C-199/98)	307
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago oportuno de salarios	(S. T-210/98)	660
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago oportuno de salarios	(S. T-211/98)	664
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago oportuno de salarios	(S. T-212/98)	667

	PROVIDENCIA	PAGINAS
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago oportuno de salarios	(S. T-213/98)	671
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago oportuno de salarios	(S. T-222/98)	711
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL NO IDONEO E INEFICAZ-Celebración de concurso para docentes	(S. T-245/98)	795
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Anulación de proceso electoral y reapertura	(S. T-235/98)	726
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Carácter judicial	(S. T-214/98)	675
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Cobro de obligaciones económicas debidas a institución educativa	(S. T-239/98)	752
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Controversias de orden legal	(SU-224/98)	1015
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Corte de servicios públicos por parte del arrendador	(S. T-237/98)	744
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Impugnación acto de asociación que ordena cobro de cuota de administración	(S. T-247/98)	816
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de mesadas pensionales atrasadas	(S. T-205/98)	637
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de mesadas pensionales atrasadas	(S. T-221/98)	707
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de mesadas pensionales atrasadas	(S. T-242/98)	767
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de primas e intereses	(S. T-221/98)	707
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Responsabilidad del empleador por no cotizar para salud	(S. T-181/98)	612
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Restitución o reivindicación de la posesión	(S. T-249/98)	832
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Reubicación por supresión del cargo	(S. T-176/98)	591
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Sanción disciplinaria de suspensión	(S. T-262/98)	876
MERCADO DE LIBRE COMPETENCIA EN SERVICIO DE TELEFONIA DE LARGA DISTANCIA-Afectación derechos de los usuarios por interrupción del proceso de creación	(SU-182/98)	937
MONOPOLIO RENTISTICO-Debe ser autorizado por ley	(S. C-256/98)	479
MONOPOLIO SOBRE PRODUCCION DE ALCOHOL IMPOTABLE-Constitucionalidad	(S. C-256/98)	483

	PROVIDENCIA	PAGINAS
MONOPOLIO-Finalidad de interés público y social no debe estar consagrada expresamente en la ley	(S. C-256/98)	480
MONOPOLIO-No puede ser prohibido por vía de tratado público	(S. C-256/98)	482
MONOPOLIO-Se establece por una ley ordinaria	(S. C-256/98)	479
MORA PATRONAL-Prestación de servicios de salud primaria o subsidiariamente	(S. C-177/98)	36
MUTUO CON INTERESES-Pago anticipado	(S. C-252/98)	448
MUTUO CON INTERESES-Tope legal	(S. C-252/98)	448
NACION Y ENTIDADES TERRITORIALES-Concurrencia en el desarrollo de programas para el bienestar general	(S. C-201/98)	329
NASCITURUS-Oportunidad de exigencia de derechos de orden legal y fundamental	(S. T-223/98)	714
NASCITURUS-Protección constitucional	(S. T-223/98)	714
NASCITURUS-Protección de derechos fundamentales exigibles	(S. T-223/98)	714
NECESIDAD BASICA INSATISFECHA-Relevancia constitucional	(SU-225/98)	1032
NECESIDAD BASICA INSATISFECHA DE UN GRUPO MARGINADO O DISCRIMINADO-Afectación del mínimo vital	(SU-225/98)	1033
NORMA ACUSADA-Constitucionalidad material	(S. C-229/98)	361
NORMA ACUSADA-Vigencia sectorial para pensionados de Telecom	(S. C-229/98)	360
NORMA CONSTITUCIONAL EN BLANCO	(S. C-191/98)	199
NORMA DEROGADA-No recobra vigencia por la mención	(S. C-228/98)	354
NORMA DEROGADA-Pronunciamiento de fondo	(S. C-228/98)	354
NOTARIOS EN INTERINIDAD-Alcance del derecho a permanencia	(SU-250/98)	1072
NOTARIOS EN INTERINIDAD-Desvinculación por incumplimiento de deberes o por concurso	(SU-250/98)	1072
NOTARIOS EN INTERINIDAD-Libre nombramiento por el Gobierno	(S.V. SU-250/98)	1104
NOTARIOS EN INTERINIDAD-Retiro debe ser motivado	(SU-250/98)	1073
NOTIFICACION EN ASUNTO DE TUTELA-Por correo o fax	(SU-195/98)	999
NUCLEO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL-Definición	(SU-250/98)	1071

	PROVIDENCIA	PAGINAS
NULIDAD DE FALLO DE TUTELA	(S. A-020/98)	21
NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION DE TERCERO CON INTERES LEGITIMO EN TUTELA-Iniciación de la acción	(S. A-020/98)	21
NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION DE TU TELA-Saneamiento	(SU-195/98)	999
OBJECION PRESIDENCIAL-Declaración fundada	(S. C-196/98)	519
OBJECION PRESIDENCIAL-Improcedencia	(S.V. C-197/98)	540
OBJECION PRESIDENCIAL-Procedencia	(S. C-197/98)	529
OBLIGACION A CARGO DE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS DE PENSIONES-Carga financiera excesiva	(A.V. C-177/98)	68
OFTAMOLOGIA	(S.P.V. C-251/98)	445
OPERADORES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS-Derechos no tienen el carácter de fundamentales	(S.V. SU-182/98)	960
OPTOMETRA Y OFTALMOLOGO-Ambito profesional	(S. C-251/98)	410
OPTOMETRA-Diseño, organización, ejecución, evaluación de planes, proyectos y programas	(S. C-251/98)	411
OPTOMETRA-Ejercicio profesional	(S. C-251/98)	411
OPTOMETRA-Tarjeta profesional	(S. C-251/98)	411
OPTOMETRIA-Normas invaden campos de medicina	(S.P.V. C-251/98)	445
ORGANOS TERRITORIALES-Competencia limitada en materia tributaria	(S.V. C-194/98)	283
PATRIMONIO CULTURAL Y ARQUEOLOGICO SUMERGIDO-Protección	(S. C-191/98)	201
PATRIMONIO DE FAMILIA-Indemnización por expropiación en dinero	(S. C-192/98)	221
PATRIMONIO DE FAMILIA-Levantamiento judicial para hacer posible expropiación	(S. C-192/98)	221
PENSION DE EMPLEADOS PUBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL-Regulación por iniciativa gubernativa	(S. C-197/98)	529
PENSION DE JUBILACION-Improcedencia de tutela para decretarla	(S. T-241/98)	760
PENSION DE JUBILACION-Improcedencia de tutela para definir entidad responsable del reconocimiento	(S. T-206/98)	643
PENSION DE VEJEZ-Definición	(S. C-177/98)	33
PENSIONADOS DE ECOPETROL-Cotización para seguridad social en salud	(S. C-229/98)	361
PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos	(SU-250/98)	1071

	PROVIDENCIA	PAGINAS
PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inexistencia por sanción disciplinaria de suspensión	(S. T-262/98)	876
PERJUICIO IRREMEDIABLE-Práctica de implante a menor con enfermedad congénita	(S. T-236/98)	735
PERJUICIO IRREMEDIABLE-Separación forzada de un niño respecto de su madre	(SU-195/98)	999
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de enfermedad congénita de menor	(S. T-236/98)	734
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de medicamentos, tratamiento e intervenciones de alto costo	(S. T-236/98)	733
PLATAFORMA CONTINENTAL-Sometida a soberanía del estado ribereño	(S. C-191/98)	200
POLITICA CRIMINAL Y CARCELARIA-Fijación	(S. C-184/98)	102
PRESTACIONES SOCIALES DE EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES-Facultad del legislador para establecerlas	(S. C-233/98)	399
PRESUNCION DE INDEFENSION DEL MENOR-Respecto del padre	(SU-195/98)	999
PRESUPUESTO-Concepto	(S. C-201/98)	328
PRESUPUESTO-Límite temporal	(S. C-201/98)	329
PREVALENCIA DE LA CONSTITUCION POLITICA-Acuerdos de voluntad	(SU-253/98)	1106
PREVALENCIA DE TRATADOS INTERNACIONALES-Alcance	(S. C-256/98)	481
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL-Pago de salarios por la administración	(S. T-243/98)	771
PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS EN CONTRATO DE MADRES COMUNITARIAS	(S.V. SU-224/98)	1028
PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL-Excepción en los encargos del sector público	(S. T-243/98)	771
PRINCIPIO DE AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL-Discrecionalidad limitada en valoración de pruebas	(S. T-204/98)	624
PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA LEY	(S. C-231/98)	381
PRINCIPIO DE ECONOMIA EN CONTROL Y GESTION DE TELEVISION-Se concreta en uso eficiente del personal y los recursos	(S. C-200/98)	319
PRINCIPIO DE EFICACIA-Estado es responsable por la prestación de servicios públicos	(S. C-200/98)	319

	PROVIDENCIA	PAGINAS
PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CARGA TRIBUTARIA-Indicio de inequidad	(S. C-183/98)	71
PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CARGA TRIBUTARIA-Test fuerte	(S.V. C-183/98)	94
PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CARGA TRIBUTARIA-Test intermedio	(S. C-183/98)	71
PRINCIPIO DE IGUALDAD-Trato diferencial positivo	(S. T-208/98)	651
PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD-Nominación y retiro de los servidores públicos	(SU-250/98)	1072
PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY-Improcedencia de violación	(S. C-194/98)	241
PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY--Violación	(S.V. C-194/98)	283
PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Incorporación de la confianza legítima	(SU-250/98)	1072
PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS	(S. T-243/98)	771
PRINCIPIO DE PROLONGACION NATURAL DEL TERRITORIO-Espacios marinos y submarinos territoriales	(S. C-191/98)	200
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA-Motivación del acto	(SU-250/98)	1071
PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES	(S. C-189/98)	173
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD	(S. C-229/98)	361
PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Improcedencia de violación	(S. C-194/98)	240
PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-No se aplica a leyes anteriores a 1968	(S. C-256/98)	481
PRINCIPIO DE UNIDAD PROCESAL-Efectos por la ruptura	(S. T-258/98)	841
PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Características	(S. T-178/98)	597
PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Competencia sobre aspectos objeto de impugnación y en lo que sea desfavorable	(S. T-179/98)	602
PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Consecuencias civiles del ilícito	(S. T-179/98)	602
PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Error aritmético en imposición de pena	(S. T-178/98)	597
PRINCIPIO NON BIS IDEM-Improcedencia de violación	(S. C-194/98)	239

	PROVIDENCIA	PAGINAS
PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Violación	(S.V. C-194/98)	282
PRINCIPIOS DE APLICACION INTEGRAL DE LA CONSTITUCION Y DE ARMONIZACION CONCRETA-Aplicación	(SU-225/98)	1031
PRISION POR DEUDAS	(S.V. C-194/98)	282
PROCESO CONCORDATARIO-Constitucionalidad de embargo y secuestro	(S. C-255/98)	472
PROCESO EDUCATIVO-Autoritarismo	(S. T-259/98)	847
PROCESO EDUCATIVO-Derechos y deberes de los estudiantes	(S.P.V. T-259/98)	855
PROCESO EDUCATIVO-Respeto mutuo entre maestro y alumno	(S. T-259/98)	847
PROCESO LEGISLATIVO-Integrado por funciones del Congreso y del Gobierno	(S. C-256/98)	478
PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Naturaleza administrativa	(S. C-189/98)	174
PROFESION-Regulación legal	(S. C-251/98)	409
PROFESION-Regulación legal	(S.V. C-251/98)	443
PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR-Regulación legal	(SU-224/98)	1015
RECONOCIMIENTO DE TIEMPOS Y SEMANAS LABORADAS	(S. C-177/98)	33
REGIMEN DE CESANTIAS-Libertad de opción del trabajador	(S. T-246/98)	808
REGIMEN DE ENCARGO-No retribución salarial del cargo transitoriamente desempeñado	(S. T-243/98)	771
REGIMEN DE ENCARGO-Solicitud de licencia no remunerada para su ejercicio	(S. T-243/98)	772
REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Cumplimiento decisiones de órganos	(S. T-247/98)	816
REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Implica propiedad exclusiva y común	(S. T-267/98)	928
REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Suspensión de energía eléctrica	(S. T-216/98)	683
REGIMEN DEMOCRATICO-Determinación	(S. T-261/98)	865
REGIMEN JURIDICO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS-Fijación por ley	(S.V. SU-182/98)	960
REGIMEN JURIDICO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS-Fijación por ley	(S.V. SU-182/98)	959

	PROVIDENCIA	PAGINAS
REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE EMPLEADOS DEL CONGRESO-No se puede consagrar en reglamento del Congreso	(S. C-196/98)	519
REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE EMPLEADOS PUBLICOS-Fijación por ley	(S. C-256/98)	483
REGLAMENTO DE VISITAS-Regulación provisional por el defensor	(SU-195/98)	1000
REGLAMENTO DISCIPLINARIO PARA INTERNOS	(S. C-184/98)	100
REGLAMENTO EDUCATIVO-Cumplimiento por los estudiantes	(S.P.V. T-259/98)	855
REGLAMENTO EDUCATIVO-Cumplimiento y límites	(S. T-207/98)	647
REINCIDENCIA-Naturaleza	(S. C-184/98)	102
REINTEGRO AL CARGO-Improcedencia general de tutela	(SU-250/98)	1071
REMUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL-Pago de salarios atrasados con reajuste	(S. T-210/98)	660
REMUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL-Pago de salarios atrasados con reajuste	(S. T-211/98)	664
REMUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL-Pago de salarios atrasados con reajuste	(S. T-212/98)	667
REMUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL-Pago oportuno de salarios	(S. T-222/98)	711
REPATRIACION DE PRESOS	(S. C-226/98)	547
RETENCION ADMINISTRATIVA-Finalidad preventiva	(S. C-199/98)	297
RETENCION ADMINISTRATIVA-Finalidad sancionadora	(S. C-199/98)	297
RETENCION ADMINISTRATIVA-Inconstitucionalidad	(S.V. C-199/98)	309
RETENCION ADMINISTRATIVA-Inconstitucionalidad	(S.V. C-199/98)	312
RETENCION ADMINISTRATIVA-Proporcionalidad de la medida	(S.V. C-199/98)	312
REVISION EVENTUAL DE FALLOS DE TUTELA-No configura una tercera instancia	(S. T-244/98)	782
SALUD-Constitucionalmente es integral	(S. T-248/98)	826
SANCION ADMINISTRATIVA POR CONTRABANDO-Competencia para aplicarla	(S. C-194/98)	239
SANCION ADMINISTRATIVA-Procedimiento administrativo	(S. C-194/98)	239
SANCION DE LA LEY	(S. C-256/98)	478
SANCION DISCIPLINARIA A INTERNO-No procede suspensión si son reincidentes	(S. C-184/98)	102

	PROVIDENCIA	PAGINAS
SANCION DISCIPLINARIA A INTERNO-Procedencia de recurso	(S. C-184/98)	101
SANCION PENAL POR CONTRABANDO-Competencia para aplicarla	(S. C-194/98)	239
SANCION POR MORA EN LA CONSIGNACION DE VALORES RECAUDADOS	(S. C-257/98)	510
SANCIONES A INTERNOS	(S. C-184/98)	101
SENTENCIA CONDICIONADA	(S. C-192/98)	221
SENTENCIA CONDICIONADA-Improcedencia en caso concreto para exención de impuestos	(S.V. C-183/98)	94
SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Cumplimiento acorde a su literalidad y con exactitud	(S. A-019/98)	18
SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Necesidad de evitar interpretación inadecuada	(S. A-019/98)	18
SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Verificación de cumplimiento	(S. A-019/98)	18
SENTENCIA INTEGRADORA	(S. C-183/98)	70
SERVICIO DE LARGA DISTANCIA POR TELECOM-Autorizaciones legales anteriores	(S.V. SU-182/98)	961
SERVICIOS PUBLICOS-Actividad regulada por la ley no es derecho fundamental	(S.V. SU-182/98)	960
SERVIDORES PUBLICOS DE ENTIDADES TERRITORIALES-Régimen jubilatorio de transición	(S.V. C-197/98)	540
SISTEMA DE SALUD-Recaudo de cotizaciones	(S. C-177/98)	34
SISTEMA DE SALUD-Relaciones entre empleador y entidad de seguridad social	(S. C-177/98)	35
SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Incumplimiento del empleador de cotizar oportunamente	(S. T-181/98)	612
SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Excepciones	(S. C-229/98)	361
SOBERANIA DE LAS DECISIONES DEL ESTADO-Límites	(S. C-226/98)	547
SOBERANIA DEL ESTADO-Alcance	(S. C-191/98)	201
SOCIEDADES COMISIONISTAS DE BOLSA-Comisiones exentas de IVA	(S. C-183/98)	70
SOCIEDADES FIDUCIARIAS-Comisiones gravadas con IVA	(S. C-183/98)	70

	PROVIDENCIA	PAGINAS
SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA-Reclamo de sobrecosto por tratamiento excluido de POS	(S. T-236/98)	735
SUBORDINACION-Relación jurídica de dependencia	(S. T-263/98)	884
SUBSIDIO FAMILIAR-Naturaleza	(S. T-223/98)	714
SUPERINTENDENCIA BANCARIA Y DE SOCIEDADES-Protección de los derechos del pensionado	(S. C-177/98)	34
SUSPENSION DE AFILIACION-No pago de cotizaciones imputable al afiliado	(A.V. C-177/98)	67
TARJETAS ELECTORALES-Numeración	(S. T-261/98)	866
TENENCIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO-Provisionalidad al ser llevado arbitrariamente al extranjero por su padre	(SU-195/98)	1000
TEORIA DE LA IMPREVISION-Incompetencia de la Corte Constitucional	(S. C-252/98)	448
TERMINOS JUDICIALES-Inexistencia de dilación injustificada	(S. T-219/98)	697
TEST DE IGUALDAD-Aplicación	(S.V. SU-182/98)	959
TRABAJADOR ASALARIADO-Suspensión de la afiliación	(S. C-177/98)	35
TRABAJADOR INDEPENDIENTE-Aportes en salud	(S. C-177/98)	35
TRABAJADOR INDEPENDIENTE-Suspensión del servicio de salud por falta de cotización	(S. C-177/98)	35
TRABAJADORES Y PENSIONADOS DE ECOPETROL-Trato diferente	(S. C-229/98)	360
TRANSITO CONSTITUCIONAL-Efectos de la cosa juzgada constitucional	(S. C-256/98)	479
TRANSITO CONSTITUCIONAL-Inconstitucionalidad sobreviniente	(S. C-256/98)	479
TRANSITO CONSTITUCIONAL-Organización, administración, control y explotación de monopolio	(S. C-256/98)	480
TRASLADO DE COTIZACIONES	(S. C-177/98)	33
TRATADO PUBLICO-No es mecanismo idóneo para reformar la Constitución	(S. C-256/98)	482
TRATADO SOBRE TRASLADO DE CONDENADOS CON COSTA RICA PARA EJECUCION DE SENTENCIAS PENALES-Cooperación judicial	(S. C-226/98)	547
TRATADOS SOBRE LIMITES DEL TERRITORIO	(S. C-191/98)	199
TUTELA CONTRA ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS DE CONJUNTO RESIDENCIAL-Señal a través de cable	(S. T-267/98)	928

	PROVIDENCIA	PAGINAS
TUTELA CONTRA JUNTA ADMINISTRADORA DE CONJUNTO RESIDENCIAL	(S. T-266/98)	925
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Improcedencia por conflicto entre arrendador y arrendatario	(S. T-237/98)	744
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia en casos especiales	(SU-195/98)	999
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia frente a asamblea de copropietarios de edificio	(S. T-267/98)	928
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia frente a junta directiva de edificio	(S. T-266/98)	925
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Relación entre un sacerdote y un ciudadano	(S. T-263/98)	884
TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional	(S. T-204/98)	623
TUTELA CONTRA SENTENCIAS-Procedencia	(S. T-258/98)	841
TUTELA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS-Inclusión en nómina de pensionados	(S. T-264/98)	917
TUTELA TEMERARIA POR DEMANDADO-Aplicación	(SU-253/98)	1107
TUTELA TRANSITORIA-Entrega provisional del menor a la madre	(SU-195/98)	1000
UPAC	(S. C-252/98)	448
VACIOS LEGISLATIVOS-Utilización de analogía o doctrina constitucional	(S. C-189/98)	175
VIA DE HECHO EN PROCESO CON SENTENCIA ANTICIPADA-Prohibición de condena por perjuicios materiales	(S. T-179/98)	602
VIA DE HECHO POR JUEZ PENAL-Incompetencia por condena en perjuicio a tercero no llamado en demanda de parte civil	(S. T-258/98)	841
VIA DE HECHO-Clases de defectos en la actuación	(S. T-204/98)	624
VIA DE HECHO-Desvirtúa el efecto de la cosa juzgada	(S. T-204/98)	624
VIA DE HECHO-Discrecionalidad limitada del juez en valoración de pruebas	(S. T-204/98)	624
VIA DE HECHO-Existencia	(S. T-204/98)	624
VIA DE HECHO-Omisión de apreciación y evaluación de pruebas	(S. T-204/98)	624
VIDA HUMANA-Dignidad	(S. T-248/98)	826
ZONA RURAL-Actividad que genera malos olores	(S. T-238/98)	747

La Imprenta Nacional de Colombia
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE LA
«Gaceta de la Corte Constitucional - mayo 1998»
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN SEPTIEMBRE DE 1999.

Ivstitia et Litterae